

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**OS DESAFIOS COLOCADOS
PELOS MODELOS DE NEGÓCIOS DIGITAIS:
As licenças compulsórias no contexto do direito de autor
e do direito da concorrência Europeu**

VERA CASTANHEIRA

**Dissertação Mestrado em Direito da Concorrência
(Ciências jurídico-financeiras)**

Tese Orientada pelo Professor Doutor Miguel Moura e Silva

2016

ÍNDICE

PRIMEIRA PARTE - Os Modelos de Negócios Digitais protegidos pelo Direito de Autor.....	1
I. Enquadramento geral sobre o Direito de Autor	1
Breve introdução histórica	1
Das leis nacionais ao direito internacional	6
Tudo começou no século XX mas o século XXI comprometeu por agora os tratados multilaterais: o final do ACTA	12
O direito de autor europeu e o copyright anglo-americano na actualidade – diferença na limitação ao exercício dos direitos exclusivos.....	14
O <i>Acquis communautaire</i>	15
A internet e os desafios ao direito de autor na era digital	17
II. As indústrias culturais e criativas e o sector dos media.....	21
Caracterização do sector dos media no contexto das indústrias criativas ...	21
SEGUNDA PARTE - As Licenças Compulsórias no Contexto da relação entre o Direito de Autor e o Direito da Concorrência.....	27
I. Sobre a relação entre o direito de autor e o direito da concorrência.....	27
A teoria da inerência e a teoria da complementaridade	27
A teoria da complementaridade e as particularidades do direito de autor..	32
União Europeia: a colaboração entre o direito de autor e o direito da concorrência na promoção do mercado de conteúdos online.....	33
O Caso CISAC	34
A Estratégia para o Mercado Único Digital e o caso Sky	40
II. As licenças compulsórias e a propriedade intelectual.....	44
O contexto político e regulatório.....	44
Enquadramento das licenças compulsórias e relação com o direito de autor na União Europeia	46
O padrão de recusa de licença no direito europeu	48
O padrão de recusa de licença em Estados Membros da União Europeia.....	51
O padrão de recusa de licença nos Estados Unidos.....	51
III. As licenças compulsórias e a sua evolução no direito da União Europeia: as principais decisões do TJUE na área da propriedade intelectual.....	54
Teoria das infra-estruturas essenciais.....	54
Teoria das circunstâncias excepcionais	57
Volvo vs Veng.....	59
Magill	61

Bronner	64
IMS Health	67
Microsoft.....	73
TERCEIRA PARTE - As licenças compulsórias e o direito de autor: o dilema da territorialidade e do mercado único digital	80
A intersecção entre o direito de autor e o direito da concorrência nos modelos de negócios digitais	80
Como a era digital influenciou o contexto político europeu.....	83
A questão da territorialidade na jurisprudência do TJUE	89
O contexto jus-concorrencial do sector de media.....	93
A substituíbilidade no contexto das indústrias de media e entretenimento	97
Proposta metodológica para a consideração de licenças compulsórias nos modelos de negócios digitais: perspectiva da autora.....	97

RESUMO

Este trabalho analisa os desafios colocados pelos modelos de negócios digitais protegidos pelo direito de autor em sede de direito da concorrência Europeu, em particular no contexto de licenças compulsórias estabelecidas por via judicial e legislativa.

O ponto de partida é uma análise da evolução do direito de autor até aos dias de hoje, concluída com a caracterização das indústrias culturais e criativas, e em particular do sector de media, onde se inserem os modelos de negócios digitais protegidos pelo direito de autor.

Em seguida analisa-se a relação entre o direito de autor e o direito da concorrência Europeu para enquadrar as licenças compulsórias como um dos instrumentos utilizados por este último para regular o exercício dos direitos exclusivos inerentes à componente patrimonial do direito de autor, no contexto da teoria da complementaridade entre ambos os ramos de direito.

O trabalho analisa as licenças compulsórias estabelecidas através da aplicação do direito da concorrência Europeu a modelos de negócios protegidos por direitos de propriedade intelectual, em casos de recusa de licenças. Em particular, analisam-se as principais decisões dos Tribunais Europeus nesta matéria, aplicando a teoria das circunstâncias excepcionais até à sua formulação actual construída com base na decisão do caso *Microsoft*.

Propõe-se uma caracterização da intersecção entre o direito de autor e o direito da concorrência Europeu nos modelos de negócios digitais com base na análise precedente. Neste contexto, destaca-se o contexto político Europeu na construção do mercado único digital para os conteúdos de media (culturais e informativos) e analisa-se a questão particular da territorialidade inerente aos modelos de negócios do sector dos media.

Conclui-se com uma proposta metodológica para ponderar a aplicação de licenças compulsórias, por via administrativa, judicial ou legislativa, aos modelos de negócios digitais para distribuição de conteúdos de media.

ABSTRACT

This work analyses the challenges brought by digital business models protected by copyright in the context of European competition law, particularly in relation with compulsory licensing established by case law and legislation.

The departure point is an analysis of the evolution of European copyright to its current shape, concluded with the underpinning of cultural and creative industries and the media sector where digital business models protected by copyright thrive.

The next point is an analysis of the relationship between copyright and European competition law to better understand compulsory licensing as an instrument to regulate the exercise of copyrights and underlying exclusive rights in accordance with the theory that both law systems are complementary.

Compulsory licensing as an instrument to apply European competition law to business models protected by copyright is analyzed based on the main decisions adopted by European Courts in cases of refusal to license, up to the current formulation of the complementarity theory provided in the *Microsoft* case.

Based on the foregoing analysis, the author proposes a description of the intersection between copyright and European competition law in the context of digital business models, highlighting the European political context in the process of building the European digital single market for media content, with a particular view on the question of territoriality inherent to media business models.

The author concludes with a methodological proposal to think the application of compulsory licenses, through case law or legislation, to digital business models for distribution of media content.

PRIMEIRA PARTE

OS MODELOS DE NEGÓCIOS DIGITAIS PROTEGIDOS PELO DIREITO DE AUTOR

I. Enquadramento geral sobre o Direito de Autor

Breve introdução histórica¹

A protecção da propriedade intelectual próxima do modelo do direito de autor que hoje conhecemos surge positivada no século XVIII.

As primeiras leis sucederam a um formato preliminar, de carácter puramente comercial, e que se resumia a um sistema de privilégios destinados a regular o comércio e a garantir um monopólio perpétuo aos editores de livros.

O sistema de monopólio surgiu em Inglaterra, no final do século XV, e desenvolveu-se durante o século XVI, sendo formalizado pelo *Licensing Act*, de 1662. Tratava-se de um sistema de protecção da propriedade privada, que funcionava através de uma associação de editores cujos membros registavam os títulos por si publicados, implicando que os restantes membros deviam coibir-se de publicar as mesmas obras, assim assegurando um monopólio de publicação. Este sistema tinha um carácter meramente privado, sendo a protecção da propriedade assegurada pela associação, e conduziu a actos de censura e à condenação de autores e editores de textos considerados heréticos ou ofensivos para a Coroa. A contestação à censura levou a que este sistema deixasse de ser reconhecido a partir de 1694.

A primeira lei a reconhecer os direitos dos autores foi aprovada pelo Parlamento inglês, em 1710, e ficou conhecida como *Statute of Anne*, por ter sido aprovada durante o reinado da Rainha Anne. Esta lei, marcada pelo Iluminismo reinante na Europa, lançou as bases do primeiro sistema de direito de autor regulado pelo Estado (com intervenção do governo e dos tribunais) e ultrapassou o sistema privado que alicerçava os monopólios comerciais dos editores de livros.

Há um número de características a destacar ao conceber esta Lei como a primeira lei que evidenciou o sistema de protecção moderno da propriedade

¹ Sobre este capítulo cfr. REBELLO, Luiz Francisco, *Introdução ao Direito de Autor*, vol. I, Sociedade Portuguesa de Autores e Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1994, 31-59.

literária. A Lei elegia como claro objectivo um propósito utilitário de estimular os homens esclarecidos a escrever e publicar livros, reconhecendo direitos aos autores e não aos editores. Foi esta Lei que relevou a função social inerente à protecção do direito de autor de promover o ensino e a divulgação da cultura, por oposição a uma visão meramente individualista da propriedade. Por este motivo, estabelecia-se um mecanismo de resolução de litígios originados por livros com preços de venda excessivos, fixando-se um sistema de preço máximo. O estatuto conferia direitos limitados sobre as obras protegidas, restritos ao direito de cópia (que era atribuído ao autor após a primeira publicação), destinados a salvaguardar a publicação e a republicação, e obrigava os editores a depositarem uma cópia das obras publicadas junto de bibliotecas públicas e universidades designadas, assim dando origem ao sistema de depósito legal que ainda hoje vigora em vários países, entre os quais Portugal.

No que respeita ao prazo de protecção das obras, a lei aboliu os direitos perpétuos. Declarou todas as obras anteriores à sua publicação abrangidas pelas novas regras, e estabeleceu um prazo de 14 anos para o direito exclusivo de edição, que podia ser renovado apenas uma vez caso o autor se mantivesse vivo. Após este prazo as obras caíam no domínio público, podendo por isso ser publicadas e vendidas por qualquer editor. Esta alteração motivou a conhecida Batalha dos Editores, que começou no período da primeira renovação de direitos e durou por 30 anos, consistindo numa estratégia de *lobby* político e acções judiciais protagonizada pelos editores, com vista a obter alterações legislativas e a garantir novamente os seus monopólios perpétuos. No entanto, não foram introduzidas as alterações desejadas, embora tenha sido reforçado o protecção dos negócios dos editores, através da proibição de importação de títulos publicados e protegidos por direito de autor em Inglaterra. O estatuto manteve-se em vigor até 1842, e influenciou a legislação americana, nomeadamente a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que prevê, na secção 8 do artigo I, como competência do Congresso *“Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas”*. Estas são as bases do sistema anglo-americano, cujos contornos actuais veremos adiante.

Na Europa Continental, a expressão direito de autor surgiu pela primeira vez nas alegações do advogado dos editores parisienses, Louis d'Héricourt, num litígio com os editores da província, em 1725. O advogado expressou uma visão que reflectia a importância de considerar, além dos privilégios de edição concedidos, o reconhecimento da propriedade e dos direitos do próprio autor da obra, tendo em conta que esta é fruto do seu trabalho, nomeadamente no que respeita às decisões sobre a sua publicação e a auferir os seus rendimentos.

Em França, os privilégios de edição eram temporários e dependiam de renovação, pelo que esta visão orientada para o autor teve reflexos anos depois, quando em 1761 foi reconhecido às netas de La Fontaine o direito de edição das suas obras, por via hereditária, decisão idêntica à que favoreceu os herdeiros de Fénelon.

Denis Diderot, um dos mais proeminentes filósofos iluministas e enciclopedistas franceses, escreveu em 1763 um texto político sobre a matéria da edição de livros, denominado *Lettre sur les commerces des livres*². Trata-se de uma carta dirigida ao magistrado Sartine (director da Biblioteca Nacional e protector dos filósofos iluministas, entre os quais Diderot, contra os ataques do partido eclesiástico). Nesta carta Diderot defende o sistema das corporações francesas de editores contra os livreiros estrangeiros (ingleses, belgas e suíços, sobretudo), que inundavam o mercado francês com as suas edições a preços inferiores. O Antigo Regime não reconhecia o direito de propriedade privada, nem o direito de autor (que só virão a merecer protecção após a Revolução Francesa), mas concedia privilégios de edição aos editores franceses que permitiam tratar o livro como um bem especial, merecedor de um estatuto e de um reconhecimento específicos, e que, segundo Diderot, devia ser objecto de uma protecção destacada contra as edições estrangeiras. Diderot defendia que estas edições contrafeitas e o estabelecimento de um mercado livreiro concorrencial, de cunho meramente liberalista, seriam prejudiciais à edição, porque a diminuição de rendimentos dos livreiros conduziria à espoliação dos rendimentos dos autores. De facto, não só os autores não eram remunerados por estas obras contrafeitas que inundavam o reino, como também elas não eram abrangidas pela censura, o

² DIDEROT, Denis, *Lettre sur le commerce des livres*, texto anotado e edição digital de Christopher Paillard para a Biblioteca Digital da Universidade do Quebec.

que levou Diderot a manifestar-se a favor da publicação livre de censura e ao mesmo tempo de medidas proteccionistas a favor dos editores franceses.

Nesta carta, Diderot defende a abolição do sistema de privilégios e o estabelecimento de um sistema de permissões puras e simples para edição de determinadas obras, permitindo-se a concorrência apenas entre os editores nacionais reconhecidos pela Coroa, e considerando-se legítimos detentores do direito de publicação os livreiros ou editores que receberam a propriedade transferida pelos autores, mediante o pagamento de rendimentos a estes últimos. Esta tese apresenta semelhanças com o moderno sistema de licenças.

Em 1777, o Conselho do Rei aprovou uma resolução que abolia os privilégios perpétuos dos editores e estabelecia um direito de reversão a favor do autor e dos seus herdeiros. Neste mesmo ano foi constituída a *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*, pelo dramaturgo Beaumarchais, que só viria a ter a sua actividade reconhecida após a revolução.

A Revolução Francesa conduziu à abolição de todos os privilégios e a protecção do direito de autor viria depois a ser consagrada através de sete leis, aprovadas entre 1791 e 1793. Estas leis foram fortemente influenciadas pelos valores de liberdade e igualdade. Sendo o acesso à cultura e à educação um bastião da Revolução, urgia assegurar a protecção dos criadores.

O pacote legislativo começou por reconhecer um direito exclusivo aos autores de obras literárias dramáticas de autorizarem as suas representações, sob pena de, em caso de violação deste direito, o produto das vendas de bilhetes ser apreendido e reverter na totalidade a favor dos autores. Em 1793 a protecção foi alargada a todos os tipos de obras e seus autores, reconhecendo-se o direito exclusivo de reprodução, distribuição e cessão desta propriedade, “*a menos susceptível de contestação, a única cujo crescimento não pode ferir os princípios da igualdade e da liberdade*”, nas palavras de Lakanal, relator desta lei. O prazo de protecção estabelecido era de 10 anos após a morte do autor, alargado para 20 anos em 1810 e para 50 em 1886, em conformidade com a Convenção de Berna.

Em Portugal, também funcionava o sistema monopolista dos privilégios de edição literária. Estes privilégios foram também extintos com a revolução liberal de 1820. Em 1822 foi reconhecido o direito vitalício de imprimir qualquer livro ao seu autor ou tradutor, perdurando a favor dos herdeiros por um prazo de 10

anos após a morte. Esta lei tinha uma particularidade inovadora que era a de reconhecer direitos de autor a pessoas colectivas, nomeadamente sociedades literárias ou corporações, caso em que o prazo de protecção era de 60 anos. É a génese do tratamento jurídico concedido às obras por encomenda, e uma forma de renovar os privilégios da corporação dos editores, mesmo após o liberalismo ter sido afirmado.

Foi por iniciativa de Almeida Garrett que o direito de autor, indubitavelmente centrado nos autores, se fundou em Portugal. Garrett apresentou um projecto de lei fortemente influenciado pelas tradições inglesa e francesa, e motivado pelo facto de, após a extinção dos privilégios dos editores, as obras caírem no domínio público, ainda que os autores fossem vivos, o que os impedia de serem remunerados pelo seu trabalho e verem reconhecidos os seus direitos. A lei foi aprovada em 1841 mas só seria promulgada e publicada em 1851, devido ao forte *lobby* dos livreiros. Traços inovadores desta Lei – que se baseava no princípio da liberdade de expressão e dispunha sobre registo e sanções penais, instituindo um verdadeiro sistema de protecção – são o reconhecimento do princípio da não discriminação entre autores nacionais e estrangeiros, mais tarde adoptado na Convenção de Genebra, e um prazo de protecção de 30 anos após a morte do autor, mais longo do que o consagrado em França a esta data.

Garrett assumiu protagonismo na defesa do direito de autor, também como negociador de um tratado bilateral celebrado com França para garantir a protecção dos autores franceses em território nacional enquanto a nova lei não entrava em vigor. Mais tarde, ficou conhecida a polémica com Alexandre Herculano, que discordava da aplicação da noção de propriedade às criações intelectuais, o que o levou a votar contra a inclusão da propriedade literária no Código de Seabra. Para Herculano, *“conceber uma espécie de propriedade que escapa à apreciação dos sentidos (...) é associar-lhe uma ideia tão nebulosa que deixa atrás de si as nebulosidades da escola hegeliana.”* A visão positivista de Herculano não lhe permitia aceitar a propriedade sobre coisas incorpóreas e levou-o a defender uma tese de recompensas sociais aos autores, muito criticada por Garrett por ser limitativa e representar um retrocesso aos tempos do mecenato, acompanhada da ideia de que propriedade apenas poderia existir sobre os objectos – nomeadamente, o livro – podendo as ideias ser apenas

vagamente equiparáveis aos inventos, e nem assim protegidas com exclusividade. Um dos argumentos defendidos por Herculano era que a propriedade literária era objecto de uma protecção limitada no tempo, o que era contrário à propriedade privada e ao seu carácter absoluto e permanente.

Felizmente, a perseverança e superioridade intelectual de Garrett permitiram que o direito de autor e a protecção das obras intelectuais saíssem vencedores desta polémica. Mas ela existe ainda hoje, dividindo jusnaturalistas e positivistas, e bem assim os defensores das teses monistas e dualistas sobre a natureza da protecção concedida ao direito de autor.

Das leis nacionais ao direito internacional³

Até ao século XIX, a protecção concedida ao direito de autor era exclusivamente nacional, pois derivava das leis nacionais, confinadas às fronteiras de cada país e aos respectivos cidadãos nacionais.

Existiam diversos tratados bilaterais, que funcionavam com base no princípio da reciprocidade, mas nenhum instrumento de carácter multilateral e verdadeiramente internacional, que assegurasse a protecção multi-territorial de autores e obras.

Em 1878 foi fundada a *Association Littéraire et Artistique Internationale* pelo escritor Victor Hugo, com o objectivo de obter o reconhecimento internacional da propriedade intelectual dos autores e a protecção das suas obras. Esta associação ainda existe, e participa activamente nos processos de negociação de tratados internacionais⁴.

A Comissão de Honra a que presidia Victor Hugo e era composta por outros escritores, como Dostoievski, Tolstoi ou Tennyson, preparou um projecto de convenção internacional que foi apresentado em 1883, o mesmo ano em que se aprovou a Convenção de Paris para a protecção da propriedade industrial.

O projecto de convenção, inspirado no modelo de *droit d'auteur* francês, foi depois objecto de 3 conferências diplomáticas anfitriadas pela Suíça, entre 1884

³ Sobre este capítulo cfr. AKESTER, Patrícia, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013, 379-431.

⁴ <http://alaiorg.vincelette.net/index.php>.

e 1886, e finalmente assinado sob a forma de Tratado em Setembro de 1886 pelos países que constituíram a União fundada por este instrumento: Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Inglaterra, Itália, Suíça, Libéria, Tunísia e Haiti. Portugal aderiu à Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas⁵ em 1911.

A Convenção de Berna foi revista em Paris (1896) e Berlim (1908), completada em Berna (1914), revista em Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971) e alterada em 1979. Estas revisões destinaram-se a estender a protecção a todos os tipos de obras e aos novos modos de comunicação pública, distribuição e difusão entretanto surgidos, mas também a reconhecer novas preocupações, como sucedeu com o direito de sequência para acautelar a situação particular das obras visuais, como a pintura e a escultura, na revisão de Bruxelas. As revisões de Estocolmo e Paris reforçaram o carácter universal da Convenção de Berna, com adaptações destinadas a acolher a adesão de países em desenvolvimento, permitindo-lhes um período de adaptação e a justificação para a não adopção de algumas medidas em razão do seu diferente nível sócio-económico.

A Convenção de Berna fixou os princípios da não discriminação e da reciprocidade, assegurando a mesma protecção a autores nacionais e estrangeiros em qualquer país signatário. Ela estabeleceu também um conjunto de garantias mínimas de exploração patrimonial, baseadas nos direitos exclusivos e no princípio da justa remuneração do trabalho intelectual. Desde a sua entrada em vigor, a Convenção de Berna reconheceu a protecção do direito de autor durante toda a vida deste e até 50 anos após a sua morte, o que motivou a adaptação das legislações nacionais dos países signatários e garantiu um reforço temporal da protecção concedida aos autores e às obras.

Com a revisão de Roma, em 1928, a Convenção ultrapassou os limites dos direitos patrimoniais, promovendo o reconhecimento dos direitos morais, relacionados com a paternidade e integridade da obra, que no sistema franco-continental pertencem de modo inalienável e intransferível ao autor e não são reconhecidos como tal no direito anglo-americano (que permite a transferência e alienação destes direitos).

⁵ http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693.

Em 1952, foi assinada em Genebra a Convenção Universal sobre o Direito de Autor,⁶ sob os auspícios da UNESCO e na sequência do reconhecimento do direito de autor como um dos direitos fundamentais constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelas Nações Unidas em 1948. A Convenção da UNESCO foi promovida pelos Estados Unidos da América, país que não havia ratificado a Convenção de Berna por conter normas claramente divergentes do sistema anglo-americano.

Desde 1967 que a Convenção de Berna é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)⁷, incorporada como agência especializada no âmbito das Nações Unidas.

A Convenção de Genebra é declaradamente complementar à Convenção de Berna e ambas foram revistas em 1971 com o propósito de reforçar a sua articulação. Os seus aspectos principais são coincidentes com a Convenção de Berna, no que respeita aos princípios da reciprocidade e da não discriminação, e bem assim da dispensa de formalidades ou de registos constitutivos para garantir a protecção das obras e dos seus autores. As diferenças mais substanciais centram-se no não reconhecimento do direitos morais e no prazo de protecção, que se extingue 25 anos após a morte do autor no documento de Genebra.

Outros instrumentos multilaterais surgiram entretanto, reconhecendo os denominados direitos conexos, que são atribuídos àqueles que, não sendo criadores da obra no sentido de autoria original, contribuem para a exteriorização da criação intelectual nela contida: os artistas, intérpretes ou executantes, os produtores dos fonogramas que fixam as obras e as prestações artísticas e os organismos de radiodifusão que, até à segunda metade do século XX, actuavam efectivamente como produtores e promotores de autores e artistas, assumindo enorme destaque na divulgação das obras musicais.

Em 1961, foi assinada a Convenção Internacional para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão⁸, que garante o princípio do tratamento nacional a estas novas categorias de titulares de direitos, fixando a não discriminação em função do

⁶http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=15381&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁷ www.wipo.int.

⁸ <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/>

critério de nacionalidade dos titulares, bem como do local de fixação e publicação da obra, e lhes concede direitos exclusivos no que respeita à reprodução, fixação, distribuição e qualquer forma de comunicação pública (incluindo a radiodifusão e a retransmissão).

Em 1971, foi aprovada a Convenção Internacional para a Protecção dos Produtores de Fonogramas⁹ contra a reprodução não autorizada dos seus fonogramas, que institui o princípio da reciprocidade e do tratamento nacional a favor de todos os fonogramas, limitando ainda a possibilidade de os Estados signatários instituírem sistemas de licenças legais obrigatórias em contextos que não sejam de ensino ou de pesquisa científica, mediante uma remuneração equitativa e limitada ao território do Estado que aprovar tal legislação.

Este instrumento demarca-se do caminho entretanto seguido pela Convenção de Berna, por excelência destinada à protecção das obras literárias e artísticas, e que entretanto já havia acolhido a possibilidade de um elenco restrito de excepções para limitar e calibrar o alcance dos direitos exclusivos, face aos objectivos de divulgação da cultura e promoção da educação. Estas excepções apenas são admitidas em certos casos especiais – como a reprodução para fins exclusivamente privados -, desde que não prejudiquem os interesses legítimos dos autores nem a exploração económica normal da obra. Esta formulação, que ficou conhecida como a regra dos três passos, ainda hoje orienta a legislação europeia e nacional em matéria de excepções e limitações ao direito de autor.

O instrumento internacional subsequente de maior destaque é o Anexo 1-C ao acordo que institui a Organização Mundial do Comércio, o Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*)¹⁰, que foi negociado no final da Ronda do Uruguai, em 1994.

A importância do TRIPS para a propriedade intelectual está relacionada com o facto de a adesão à Organização Mundial do Comércio implicar a adesão obrigatória ao TRIPS. Por isso ele é o instrumento que efectivamente garantiu a globalização das regras de protecção dos direitos de propriedade intelectual, alcançando países que provavelmente nunca adeririam à Convenção de Berna. Por outro lado, este tratado dispõe de mecanismos de aplicação coerciva

⁹ <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12639>

¹⁰ https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

singulares, que garantem a execução efectiva das suas regras, incluindo um sistema de resolução de litígios.

Com o TRIPS alcançou-se um nível mínimo de harmonização das legislações nacionais no que respeita à protecção do direito de autor, através do reconhecimento do princípio do tratamento nacional, do princípio do tratamento da nação mais favorecida, do reconhecimento dos direitos exclusivos e da subordinação de excepções e limitações à já enunciada regra dos três passos. Finalmente, a previsão de um sistema de aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual, que inclui medidas judiciais, administrativas e aduaneiras que devem ser asseguradas em cada país em defesa destes direitos, faz do TRIPS um instrumento legislativo com mais dentes do que as Convenções de base que o antecederam.

Depois dos avanços logrados na Organização Mundial do Comércio, em 1996 concluíram-se os designados Tratados Internet no seio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual¹¹: o Tratado OMPI sobre o Direito de Autor e o Tratado OMPI sobre as Interpretações e Execuções e os Fonogramas.

O Tratado OMPI sobre o Direito de Autor estabelece as bases do direito de autor que hoje conhecemos: reconhece os direitos exclusivos de carácter patrimonial (distribuição, aluguer, comunicação ao público) com o prazo de protecção estabelecido na Convenção de Berna, reconhece a possibilidade de as legislações nacionais estabelecerem limitações e excepções mediante a regra dos três passos, prevê a obrigação de as partes contratantes estabelecerem medidas de aplicação efectiva dos direitos e, pela primeira vez num instrumento desta natureza, estipula obrigações em relação a informações para a gestão de direitos no contexto digital.

Este Tratado foi acompanhado de um outro, o Tratado da OMPI sobre as Interpretações e Execuções e os Fonogramas, que actualiza os direitos dos artistas e dos produtores de fonogramas, reconhecendo aos artistas direitos morais e a estes e aos produtores direitos patrimoniais exclusivos, incluindo de reprodução, distribuição, aluguer e colocação à disposição, e ainda o direito a uma remuneração equitativa pela radiodifusão e comunicação ao público, sendo

¹¹ WPPT - <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/>
WCT - <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>

a protecção concedida pelo prazo de 50 anos após a fixação ou publicação da obra em fonograma.

Estes tratados reforçam os direitos exclusivos e a sua aplicação coerciva, e as suas directrizes foram depois vertidas nas diversas legislações nacionais: nos Estados Unidos da América, o Digital Millenium Copyright Act, aprovado em 1998 pela administração Clinton, e na União Europeia, a designada Directiva InfoSo¹², de 2001, e a Directiva do Comércio Electrónico¹³, de 2000. Em comum, estes pacotes legislativos têm o reforço da criminalização e punição das infracções ao direito de autor – as directas, como a colocação à disposição de obras não autorizada pelos seus legítimos titulares, e as indirectas, que consistem na circunvenção de medidas tecnológicas ou de sistemas de gestão digital de direitos - ao mesmo tempo que consagram um princípio geral de desresponsabilização dos prestadores de serviços de internet pelas infracções aos direitos de autor ocorridas no contexto de meios de comunicação online por eles facilitados (e.g. sites, motores de busca).

Os marcos legais dos últimos anos têm sido reflexo de uma blindagem, cada vez mais acentuada em função da evolução tecnológica e da disseminação ilegal de conteúdos protegidos pelo direito de autor que ela possibilita: mais direitos exclusivos, mais aplicação coerciva, maior duração dos direitos, porque a revolução tecnológica facilitou também a disseminação ilegal das obras culturais, implicando uma degradação do valor económico dos direitos. Mas, mesmo autores que se manifestam preocupados com este reforço dos meios de protecção dos direitos¹⁴, reconhecem que é preciso que continuem a existir mecanismos para proteger os direitos de autor em equilíbrio com mecanismos para limitar o controlo dos titulares de direitos sobre as obras, mitigando o carácter absoluto da protecção da propriedade intelectual. Este equilíbrio é feito

¹² Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

¹³ Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico»).

¹⁴ Kretschmer, M., 2003. Digital copyright: the end of an era. *European Intellectual Property Review*, 25 (8), pp. 333-341.

com a necessidade de acesso dos consumidores, muitas vezes classificada como interesse público e pressuposto da liberdade de expressão: assenta no princípio de que a fruição das obras culturais é colectiva, expresso no facto de que as limitações e excepções aos direitos exclusivos continuam a existir e de que eventualmente todas as obras caem no domínio público.

Tudo começou no século XX mas o século XXI comprometeu por agora os tratados multilaterais: o final do ACTA

Desenhado o cenário, analisemos agora o ponto em que se encontra actualmente o debate em torno do direito de autor. Infelizmente, por falta de tempo e espaço, não vai ser possível analisar a abundante e interessante jurisprudência que debate estes temas na actualidade em ambos os lados do Atlântico.

Vamos focar-nos no debate entre dois valores, que encontram acolhimento constitucional em Portugal, como na maior parte dos países Europeus, e nos Estados Unidos da América: a liberdade de criação cultural e a liberdade de expressão.

Refira-se que o debate foi centrado em torno destes direitos constitucionais já desde os tratados TRIPS e Internet-OMPI, precisamente os marcos da blindagem do direito de autor, em que se tornou mais visível e patente que a sua protecção encontra actualmente o seu racional mais nos argumentos económicos e mercantilistas, do que nos ideais que a fizeram nascer nos séculos XVIII e XIX, relacionados com a difusão cultural e com os nobres propósitos da igualdade e liberdade que norteavam as revoluções liberais dessa época.

A intensificação de duas posições antagónicas surgiu no início do século XXI, e está relacionada com a implementação dos Tratados através da Directiva InfoSo e do digital Millenium Copyright Act, mas a sua elevação a trincheira mediática surgiu recentemente, com a negociação e subsequente suspensão de um novo tratado, destinado ao contexto digital: o Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)¹⁵. Na União Europeia, o Parlamento pela primeira vez

¹⁵ Sobre o ACTA cfr. MATTHEWS, Duncan, ZIKOVSKA, Petra, *The rise and fall of the anti-counterfeiting trade agreement (ACTA): lessons for the European Union*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 44 (6), p. 626-655, 2013.

exerceu o seu poder de veto para suspender uma negociação da Comissão Europeia.

Não vamos debruçar-nos sobre o conteúdo do tratado, embora seja importante notar que muito do que foi escrito nos media sobre os seus efeitos nefastos não encontra qualquer correspondência no texto que estava ser discutido.

Os mais incautos podiam até temer uma idade das trevas dos tempos modernos, com retirada de todos os medicamentos, sementes, bens culturais e tudo o mais que é protegido pela propriedade intelectual do alcance dos consumidores, e sobretudo, com a perda da internet como meio de discurso de acesso livre. Em grande parte foi a alavancagem deste discurso catastrófico através das redes sociais que levou a uma enorme onda de boicote do tratado, deixando os governos (já que o tratado estava a ser discutido na Organização Mundial do Comércio) a braços com uma massa de eleitores a clamar contra novas ditaduras e formas de repressão da liberdade de expressão.

Na verdade, os movimentos contra a propriedade intelectual aproveitaram o processo negocial do Tratado, que teve origem em reuniões do G8 sobre segurança e terrorismo, e foi depois continuado na OMC pelos governos nacionais, para alegar uma falta de transparência no processo devido ao facto de não ter decorrido nenhuma consulta pública prévia sobre as medidas em discussão, argumento que acabou por levar ao veto do Parlamento Europeu.

Tipicamente, são os processos negociais parlamentares – fase a que mais tarde chegaria o ACTA, se tivesse prosseguido no processo de negociação – que envolvem consultas públicas e divulgação.

O fenómeno mediático que se gerou em torno da alegada falta de transparência, desconsiderando-se o formato diplomático desta negociação e as fases que ainda se seguiriam, acabou por ditar a morte do acordo.

Actualmente, é possível que medidas relativas à aplicação coerciva do direito de autor no contexto digital venham a ser discutidas no âmbito do TTPI (Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership), um acordo actualmente em negociação entre a União Europeia e os Estados Unidos da América.

O direito de autor europeu e o copyright anglo-americano na actualidade – diferença na limitação ao exercício dos direitos exclusivos

Com a globalização do direito de autor através dos tratados e convenções multilaterais, alcançou-se um nível significativo de uniformização no que respeita ao núcleo duro do sistema jurídico que lhe dá sustento.

Actualmente, ambos os sistemas legislativos, europeu e anglo-americano, são caracterizados por um alto nível de direitos exclusivos, no seu escopo objectivo e subjectivo, por uma sólida estrutura de aplicação coerciva e por um condicionamento de limitações e excepções, isto é, dos casos em que pode ser utilizado um ou mais dos direitos exclusivos contidos no escopo patrimonial do direito de autor sem que seja previamente obtido o consentimento do autor, como é regra.

Contudo, é neste campo que reside uma das principais diferenças actuais destes dois sistemas: enquanto na Europa é aplicado um elenco taxativo de excepções e limitações, relativamente amplo, até porque abrange não só o direito de reprodução, mas também o direito de distribuição, relacionado com finalidades de divulgação cultural, ensino e acesso à cultura, e sempre subordinadas à regra dos três passos herdada da Convenção de Berna¹⁶, nos Estados Unidos vigora uma excepção geral, designada *fair use*. O sistema de *fair use* tem um alcance significativamente mais restrito e a sua utilização é quase sempre escrutinada judicialmente, adequada a reproduções parciais para fins de ensino, pesquisa, crítica ou comentário, e sujeita a um escrutínio de quatro passos, a saber, finalidade da utilização, natureza da obra utilizada, volume e proporcionalidade da utilização e o seu efeito na exploração económica da obra utilizada.

Estas considerações são relevantes para o tema das licenças compulsórias. Na medida em que constituem uma limitação ao direito de autor, as licenças compulsórias (tal como as excepções ao dever de obter autorização prévia) devem ser escrutinadas à luz da regra dos 3 passos na União Europeia e do teste de *fair use* nos sistemas anglo-saxónicos.

¹⁶ Cfr. Directiva 2001/29/CE.

O *acquis communautaire*¹⁷

Desde os anos 90 que a União Europeia tem promovido legislação de harmonização na área do direito de autor. Ao todo, já foram aprovadas dez Directivas Comunitárias regulando diversas matérias, das quais três já foram revistas.

A intervenção da Comissão Europeia no campo da definição da política Europeia para o direito de autor tem sido liderada pela DG Internal Market, recentemente substituída na missão de tutelar a área pela DG Connect¹⁸, através de Comunicações, Recomendações e Directivas que apontam no sentido da assegurar uma base sólida de protecção e gestão de direitos de autor com vista à liberalização do mercado.

Pelo seu carácter estrutural, destacam-se as seguintes Directivas: a Directiva 2001/29/CE, relativa ao direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação, que regula de modo substantivo os direitos exclusivos, as excepções e limitações e os meios de aplicação efectiva dos direitos, com um teor muito similar ao dos tratados internacionais no campo dos princípios, mas com enorme detalhe normativo; a Directiva 2004/48/CE, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, que estabelece um quadro efectivo de aplicação coerciva dos direitos, harmonizando o recurso aos tribunais (legitimidade, medidas cautelares, medidas inibitórias, medidas de preservação da prova e medidas correctivas), e os critérios para o cálculo de indemnizações por danos causados por infracções; e finalmente, a Directiva 2014/26/UE relativa à gestão colectiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multi-territoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno¹⁹.

¹⁷ Sobre este capítulo crf. AKESTER, Patrícia, *Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2013, 283-375.

¹⁸ Cfr. “A Digital Single Market Strategy”, Comissão Europeia, Maio 2015.

¹⁹ A Directiva CRM foi precedida pela Recomendação da Comissão Europeia de 2005 (COMMISSION RECOMMENDATION on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services) que é um marco político importante. Nela a Comissão incitou à abolição da cláusula de adesão à sociedade de gestão colectiva nacional, e favoreceu uma visão de que os titulares de direitos devem ter liberdade de escolha da sociedade que pretendem que gira os seus direitos, de modo a fomentar a concorrência e, consequentemente, a eficiência destas estruturas no que respeita aos custos administrativos.

Um dos marcos importantes da Directiva CRM é que consagra legislativamente a liberdade de mandar as sociedades de gestão que sejam eleitas pelos titulares de direitos independentemente do seu país de estabelecimento e ainda concede a estes últimos a liberdade de decidir que direitos podem as sociedades de gestão representar, permitindo que o mesmo titular de direitos seja representado por mais do que uma sociedade para a gestão de diferentes direitos.²⁰

Esta Directiva estabelece ainda diversas regras destinadas a assegurar a eficiência, transparência e boa governação das sociedades de gestão colectiva de direitos. Finalmente, estabelece as bases para a gestão colectiva multi-territorial de direitos sobre obras musicais, fixando as condições para a emissão de licenças de âmbito multi-territorial no contexto de serviços online. Esta parte da Directiva é fortemente política porquanto visa também definir um perfil de agente de mercado. A Directiva CRM fixa de modo preciso as condições necessárias para que uma sociedade de gestão possa aceder ao mercado de licenças multi-territoriais e impõe às sociedades que não estejam em condições de o fazer que direccionem os utilizadores para obter uma licença para o seu repertório nacional junto das sociedades habilitadas a emitir licenças multi-territoriais. Ao definir este modelo, facilita-se o acesso a repertórios internacionais para as sociedades que cumprem os requisitos de eficiência pretendidos e ao mesmo tempo assegura-se ao titular de direitos uma gestão o mais eficiente possível das suas obras.

A Directiva 93/83/CEE estabeleceu uma licença compulsória através da gestão colectiva obrigatória do direito de retransmissão por cabo, uma das formas de exercício do direito de comunicação pública. O mesmo modelo foi aplicado aos direitos de aluguer e comodato.

O *acquis communautaire* inclui ainda uma medida de harmonização com os Estados Unidos, alargando o prazo de protecção dos direitos dos artistas para 70 anos após a fixação da obra, uma regra contida na Directiva 2011/77/EU e no Sonny Bono Act de 1998.

²⁰ DEHIN, Violaine, *The future of legal online music services in the European Union: a review of the EU Commission's recent initiatives in cross-border copyright management*, European Intellectual Property Review, 32 (5), p. 220-237, 2010.

Estas Directivas garantem um nível de harmonização legislativa bastante elevado e detalhado nos 28 países da União.

A internet e os desafios ao direito de autor na era digital

As tecnologias digitais revolucionaram a liberdade de expressão e a liberdade de criação, e também os modelos de negócios baseados no direito de autor.

No que respeita à liberdade de expressão, a revolução digital destacou de forma inaudita a sua concretização no dia a dia de todos os seres humanos: uma coisa é sermos livres para expressarmos as nossas ideias e pontos de vista, outra coisa é de facto podermos fazê-lo a qualquer momento, a partir de qualquer lugar e, sobretudo algo de absolutamente inovador, perante uma audiência de muitos milhões de pessoas.

O acesso às audiências durante muitas décadas esteve reservado aos organismos de radiodifusão. Rádios e televisões, que só na segunda metade do século XX conheceram um movimento de liberalização e privatização, ultrapassando a restrição do formato serviço público, e mesmo assim sempre sujeitos a um forte ambiente de regulação nas mais variadas vertentes, desde licenciamentos, a controlos de concentrações de meios de comunicação em grupos económicos, até obrigações de programação, muito típicas dos países Europeus²¹.

A partir da revolução digital todos temos acesso a essa audiência e as redes sociais vieram intensificar ainda mais este fenómeno. Ironicamente, o ACTA foi ao mesmo tempo a vítima e a prova desta realidade, no que respeita ao direito intelectual.

Além do acesso à divulgação, o acesso aos conteúdos permite novas formas de exercício da liberdade de expressão, porque actualmente todos temos mais informação, mais conhecimento, mais inspiração. Deixámos de ser meros consumidores de informação e conteúdos culturais para passarmos a ser também produtores de conteúdos. A liberdade de criação e as possibilidades de divulgação dessa criação foram catapultadas pela revolução digital. ²²

²¹ Cfr. a actualmente em revisão DIRECTIVA 2010/13/UE (Directiva AVMS).

²² BONADIO, Enrico, *File sharing, copyright and freedom of speech*, European Intellectual Property Review, 33 (10), p. 619-631, 2011.

A internet trouxe uma escala nunca antes vista à nossa possibilidade de expressão e difusão de ideias, mas também trouxe novos desafios aos modelos de negócios, sobretudo à indústria dos conteúdos informativos e culturais.

Os modelos de negócios digitais permitem às indústrias criativas o acesso a um público mundial com menores custos de distribuição e um aumento exponencial da diversidade de conteúdos culturais e informativos disponíveis. Ao mesmo tempo, a necessidade de divulgação *online* dos produtos comercializados pelas indústrias criativas introduziu maiores riscos de degradação da sua cadeia de valor porque viabiliza o fornecimento de conteúdos gratuitos em grande escala (ainda que de fontes ilícitas) e também porque os modelos de negócios digitais implicaram uma redução do preço individual dos produtos culturais e informativos quando comparados com o preço dos mesmos conteúdos comercializados em suportes analógicos²³. Esta consequência é muitas vezes referida por comentadores como o dilema digital: embora o mercado digital proporcione em teoria novas oportunidades de negócio, na realidade ele incita ao fornecimento crescente de conteúdos gratuitos ou quase gratuitos, colocando dilemas quando à subsistência das indústrias de produção de conteúdos culturais e criativos.²⁴

É neste paradoxo que assenta a escalada da legislação que protege os direitos de autor.²⁵ Ao mesmo tempo que se procura promover o acesso legal através da oferta de novos modelos de negócio que respondam às necessidades dos consumidores (actualmente perfiladas pelo acesso a qualquer momento e em qualquer lugar), é também necessário controlar o acesso ilegal porque pode comprometer o financiamento da produção e, consequentemente, a distribuição lícita.²⁶

²³ Veja-se o caso dos serviços de streaming de música e de filmes ou os jornais online gratuitos.

²⁴ KRETSCHMER, Martin, *Digital Copyright: the end of an era*, European Intellectual Property Review, 2003.

²⁵ Sobre este tema cfr. SAMUELSON, Pamela, *Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective*, Berkeley Law Scholarship Repository, Journal of Intellectual Property Law, 319, 2002.

²⁶ EPSTEIN, Richard, *Liberty versus property: Cracks in the copyright law foundation*, The Law School of the University of Chicago Paper Series, Paper 204, (2004).

Ultimamente, as estratégias políticas da União Europeia e dos Estados Membros²⁷ têm continuamente dado suporte à necessidade de apoiar os modelos de negócios digitais e viabilizar o acesso online legal, incluindo através do reforço das medidas de combate aos usos ilegais. Tanto nos Estados Unidos como na Europa, desde o final dos anos 90 que se assistiu ao intensificar de legislação que permite aos titulares de direitos requerer a remoção de conteúdos não autorizados, estabelecendo limitações de responsabilidade para proteger os prestadores de serviços de internet desde que estes não tenham conhecimento da ilicitude e tomem medidas para remover os conteúdos protegidos após serem notificados da ilicitude do seu uso. Contudo, este combate aos usos ilegais tem tido custos altos para as indústrias culturais e criativas, não só porque envolve um complexo sistema administrativo e o recurso frequente às instâncias judiciais, mas também porque as acções intentadas contra utilizadores e as medidas de desligamento da internet aplicadas a quem partilha obras protegidas sem consentimento tiveram um elevado custo mediático e revelaram-se um desastre de relações públicas (e.g. Lei Hadopi em França).

A liberdade de expressão tem sido o campo de batalha de uma parte significativa dos conflitos relacionados com propriedade e capital na sociedade da informação, e se isto é verdade para o direito de autor, não é menos para o sector das telecomunicações: no primeiro caso, serve como argumento para os titulares de direitos pedirem mais legislação protectora, no segundo para o público pedir menos intervenção e regulação.

J.M. Balkin²⁸ defende que a finalidade da liberdade de expressão é promover a cultura democrática, que entende se caracteriza não apenas por instituições e processos de decisão democráticos, mas sobretudo como a oportunidade que cada indivíduo – independentemente do seu enquadramento político, social ou económico - tem de contribuir para o discurso global da sociedade em que se

²⁷ Neste sentido a estratégia implementada pelo Reino Unido com base no relatório Heargraves e a iniciativa Copyright Hub, um projecto que resulta de um consórcio de indústrias criativas apoiado e financiado pela Comissão Europeia que desenvolveu um algoritmo que permite identificar e localizar o titular de direitos de fotografias, livros, músicas ou filmes através de um sistema de interoperabilidade de bases de dados.

²⁸ BALKIN, Jack M., *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, Paper 240, 2004.

insere, através da produção de cultura, do desenvolvimento de ideias e significados. E aponta que a era digital expande a possibilidade de realização da cultura democrática, porquanto expande também a possibilidade de participação dos indivíduos.

Balkin coloca a questão dos velhos conceitos no novo contexto digital da seguinte forma: o direito de autor foi adaptado para defender os interesses do capital investido e do modelo económico subjacente (daí a sua extensão horizontal, no que se refere aos conteúdos protegidos e às formas de protecção, incluindo sistemas de gestão de direitos digitais, e vertical, com a extensão contínua dos prazos de protecção e diminuição das limitações e excepções); a liberdade de expressão foi adaptada para defender a não intervenção no meio internet (originando toda a panóplia de acções e intervenções, cívicas e corporativas, para manter a internet o mais desregulada possível).

Esta visão é muito actual e adequada, e a ideia da cultura democrática como significado da liberdade de expressão na era digital é absolutamente atractiva: a participação na construção da cultura e dos valores sociais é, de facto, o grande elemento agregador entre a tecnologia e a liberdade de expressão que através dela se alcançou.

Não podemos deixar de notar que, recentemente, as Nações Unidas encetaram esforços para que o acesso à internet fosse considerado um direito humano, equiparável ao acesso à água, alimentação, educação, cuidados de saúde. Este direito foi consagrado na Constituição da Finlândia e na Estónia foi aprovada uma lei que o garante. Em França, esta caracterização foi feita pelo Tribunal Constitucional.

Simultaneamente, restringir o acesso à internet (através de desligamento de serviços, remoção de conteúdos ou bloqueios de acesso) é o meio mais eficaz de controlar as utilizações ilícitas massivas de obras protegidas.

É neste campo que se situam as duas posições antagónicas que entretanto se entrincheiraram:

- De um lado, o direito de autor: a internet alicerça os modelos de negócios digitais, que são hoje a principal forma de exploração e rentabilidade do direito de autor, e simultaneamente o contexto em que sofre violações, devido à partilha ilegal de conteúdos e ao acesso ilegítimo, que depois coarctam viabilidade

económica aos modelos de negócios por falta de utilizadores legítimos, iniciando um ciclo de perdas. Os criadores e as suas indústrias argumentam que a protecção do direito de autor não nasceu apenas para a difusão da cultura mas também para os proteger a eles, pois só com incentivos à criação cultural se conseguem mais e melhores obras.

Esta é a trincheira da liberdade de criação, que na sua expressão jurídica e económica, é encarnada pelo direito de autor. Esta interpretação parte do princípio de que o direito de autor não tem uma natureza apenas restrita à vertente patrimonial, ao direito de propriedade, embora este também lhe garantisse a natureza de direito fundamental; antes se entende que adicionalmente ele é a face positivada da liberdade de criação, de natureza eminentemente pessoal e jusnaturalista.

- Do outro lado, os defensores do acesso à internet como direito fundamental, que recusam toda e qualquer intervenção no contexto da internet, seja quanto aos conteúdos, ao acesso, à governação ou à regulação, que antes foi aplicada aos media tradicionais como garantia da liberdade de expressão e sobretudo da liberdade de informação.

Esta é a trincheira da liberdade de expressão, que na sua expressão prática e neste contexto é encarnada no acesso à internet e na recusa de qualquer restrição.

II. As indústrias culturais e criativas e o sector dos media

Caracterização do sector dos media no contexto das indústrias criativas²⁹

O sector dos media insere-se na designada “nova economia” que é definida por Evans e Schmalensee³⁰ pelo facto de o processo competitivo ser dominado por esforços de criar inovação através de contínua Investigação & Desenvolvimento, que resulta em mudanças tecnológicas rápidas e muitas vezes disruptivas.

²⁹ Sobre este tema cfr. PODSZUN, R., *The more technological approach: Competition Law in the Digital Economy*, in *Competition on the Internet*, Springer, Munich, (2015), 101-108.

³⁰ David S. Evans and Richard Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Boston: Harvard Business School Press, 2016.

Estes autores apontam outras características particulares às empresas do sector da nova economia, entre as quais a existência de factores que impulsionam as eficiências dinâmicas, como a concorrência em modalidade *winner takes all*. Estes são traços muito fortes das indústrias tecnológicas, mas não necessariamente no sector dos media, em particular no sector da produção.

O sector dos media situa-se no âmbito da Economia Criativa, objecto de estudo pela UNCTAD no Relatório de Economia Criativa de 2010³¹. Este relatório contextualiza o termo criatividade quando aplicado à economia da seguinte forma: “ *A criatividade também pode ser definida como o processo pelo qual ideias são geradas, conectadas e transformadas em coisas que possam ser valorizadas. Em outras palavras, a criatividade é o uso de ideias para produzir novas ideias. Nesse debate conceitual, é preciso mencionar que a criatividade não é o mesmo que inovação. A originalidade significa criar algo a partir do nada ou reconstruir algo que já exista. Actualmente, o conceito de inovação foi ampliado para além de uma natureza funcional, científica ou tecnológica, a fim de reflectir mudanças estéticas ou artísticas. Estudos recentes apontam para a distinção entre inovação “leve” e tecnológica, embora reconheçam que elas sejam inter-relacionadas. Existem altas taxas de inovação leve nas indústrias criativas, particularmente na música, livros, artes, moda, filmes e videogames. O foco recai principalmente nos novos produtos ou serviços, e não nos processos.*”

A UNCTAD propõe a seguinte definição para as indústrias criativas:

“As indústrias criativas:

- são os ciclos de criação, produção e distribuição de produtos e serviços que utilizam criatividade e capital intelectual como contributos primários;*
- constituem um conjunto de actividades baseadas em conhecimento, focadas, entre outros, nas artes, que potencialmente geram receitas de vendas e direitos de propriedade intelectual;*
- constituem produtos tangíveis e serviços intelectuais ou artísticos intangíveis com conteúdo criativo, valor económico e objectivos de mercado;*
- posicionam-se no cruzamento entre os sectores artísticos, de serviços e industriais; e*
- constituem um novo sector dinâmico no comércio mundial.”*

³¹ http://unctad.org/pt/docs/ditctab20103_pt.pdf.

O sector de media³² é definido pelos meios de comunicação que alcançam um número alargado de pessoas, como a televisão, os jornais, revistas e a rádio. Este sector económico está relacionado com a produção e distribuição de conteúdos culturais e informativos (ou conteúdos de media) com base no conceito de um para muitos. Assim, o sector dos media é caracterizado pela distribuição da mesma informação ou conteúdo criativo a uma potencial audiência composta por um elevado número de pessoas.

Outro elemento caracterizador é o facto de ser necessário um meio de algum tipo para transmitir essa informação ou conteúdo, seja ele um livro, um jornal, a rádio, a televisão ou a Internet. Por isso, é possível distinguir entre o bem de informação ou criativo em si mesmo e o método de distribuição. Por exemplo, a gravação ou fixação de uma peça de música pode ser considerado um produto de media ou um conteúdo criativo. Essa mesma fixação ser distribuída através de um CD, da internet, da rádio ou da televisão diz respeito às formas de distribuição dos conteúdos de media.

Há determinadas características económicas que se destacam nas indústrias criativas, em particular no sector dos media³³:

- As economias de escala e o preço baseado na valorização do consumidor: as indústrias de media envolvem frequentemente economias de escala quer ao nível da produção quer da distribuição o que implica uma estrutura de preços baseada no valor do conteúdo. Esta estrutura de preços alicerça-se no facto de os conteúdos de media serem não rivais porque os consumidores não competem pela mesma unidade do bem, já que o consumo individual de um produto de media por um consumidor não impede outro consumidor de o consumir também. Esta característica é ainda mais marcada no ambiente digital e nas formas de distribuição através da internet.

Consequentemente, as economias de escala são um factor inerente à produção de conteúdos de media: quanto mais consumidores consomem os conteúdos de media, mais os custos de produção diminuem. Esta característica é o resultado da não rivalidade entre os conteúdos de media, mas também uma manifestação

³² Cfr. Report by Europe Economics for the European Commission, *Market definition in the media sector: Economic Issues*, Competition Studies – 1, Brussels, Nov 2002.

³³ Sobre este tema cfr. *Idem*.

do carácter de bem público que é atribuído à difusão ampla de cultura e informação.

Uma outra característica deste sector é o facto de os custos marginais apenas se encontrarem na distribuição e não na produção.

Por outro lado, os custos de distribuição costumam ser reduzidos quando comparados com os custos significativos da produção, que são tipicamente custos afundados. Veja-se o caso das obras audiovisuais, cujos custos de produção podem elevar-se a dezenas ou centenas de milhões de Euros. A sua distribuição digital tem custos reduzidos quando comparada com a produção, tornando fundamental a estrutura de janelas de exploração para recuperar o investimento que é aplicada pela indústria desde o século XX (e.g. cinema, televisão, serviços online são diferentes canais de distribuição de obras audiovisuais que funcionam em janelas temporais subsequentes e não simultâneas para permitir a recuperação dos custos afundados na produção através da diferenciação de preços).³⁴

Estas características ditam ainda um outro elemento essencial à configuração dos mercados de media: o preço dos conteúdos de media nunca pode ser baseado no custo marginal de distribuição porque isso impediria a recuperação dos custos afundados inerentes à produção dos conteúdos.

O preço dos conteúdos de media tem de ser definido em função da valorização que lhes é atribuída pelos consumidores. Neste sentido, Oz Shy³⁵ defende que não é adequado usar a estrutura de preços baseada no custo marginal para os conteúdos de media, devido aos elevados custos fixos e afundados da produção, e que por isso uma abordagem baseada no valor é mais apropriada para definir o preço dos produtos no sector dos media. Note-se que nos modelos de negócios para a distribuição dos conteúdos de média, em particular nos que são baseados numa forma de difusão massiva como a rádio, a televisão ou a internet, em vez de num veículo de transmissão físico, como o livro ou o CD, a formação do preço em

³⁴ Cfr. *The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers*, Oxera & O&O, 2016.

³⁵ Cfr. Grilo, I., O. Shy, and J. Thisse. *Price Competition When Consumer Behavior is Characterized by Conformity or Vanity*, *Journal of Public Economics*, 80(3), June 2001, 385–408.

função da valorização dos consumidores faz-se muitas vezes através de técnicas de *bundling* ou de preços discriminatórios.

Os mercados de media não são por natureza mercados onde um número significativo de empresas competem vendendo produtos homogêneos a preços iguais aos custos marginais, porque não reside aí o seu incentivo para inovar nem a eficiência alcançada em termos da relação qualidade-preço. Mais importante: não é essa a essência dos conteúdos de media nem das indústrias criativas. Neste sentido, o relatório da UNCTAD sublinha que *“os vários tipos de produtos e serviços culturais são valorizados – tanto por aqueles que os fabricam quanto por aqueles que os consomem – por razões sociais e culturais que, provavelmente, complementam e transcendem uma valorização puramente económica. Essas razões podem incluir considerações estéticas ou a contribuição das actividades para a compreensão comunitária de identidade cultural. Se tal valor cultural pode ser identificado, ele poderá servir como uma característica observável pela qual os produtos e serviços culturais podem ser distinguidos em relação a diferentes tipos de commodities.”*

Um aspecto importante das indústrias culturais, de acordo com a UNESCO, refere-se ao facto de que elas são *“centrais na promoção e manutenção da diversidade cultural e na garantia do acesso democrático à cultura”*. Essa natureza múltipla, que visa um conjunto de valores sociais, culturais e económicos, proporciona às indústrias culturais um perfil distinto que se reflecte no comportamento dos consumidores face aos produtos culturais e informativos e, consequentemente, nos preços que estão dispostos a pagar.

- Mercados inter-relacionados, publicidade e conteúdos gratuitos: a maioria dos grupos de media operam em mercados relacionados, como seja o da produção e distribuição de conteúdos (às vezes de diversos tipos), e são baseados em estruturas complexas de financiamento. Por isso a concorrência não pode ser considerada apenas em mercados isolados.

Como exemplo, os modelos de negócios baseados na publicidade para sustentar os custos de produção de conteúdos informativos são baseados num ciclo: as empresas que contratam publicidade vêem o seu retorno aumentado com o aumento do número de leitores de um jornal ou de telespectadores de um canal de televisão, e ao mesmo tempo esse meio torna-se mais atractivo quantos mais

leitores ou espectadores conseguir captar. Inerente a este ciclo está o facto de esses meios de distribuição visarem tanto os consumidores directos dos conteúdos de media – os leitores – como as empresas que contratam publicidade – os anunciantes. Um exemplo em que essa dependência é mais marcada é o dos jornais gratuitos. Por isso, ao analisar as condições de concorrência dos jornais é necessário considerar tanto o mercado dos anunciantes como o mercado dos leitores. Este exemplo é aplicável *mutatis mutandis* às plataformas de *streaming* que proporcionam aos consumidores de música o acesso aos seus serviços sem que tenham de pagar uma subscrição desde que estejam dispostos a consumir publicidade.

- Cadeias de distribuição e produção complexas: as indústrias de media são frequentemente caracterizadas por complexas cadeias de fornecimento envolvendo vários estádios de produção. Simultaneamente, os grupos de media disponibilizam vários serviços de distribuição e/ou vários tipos de conteúdo.

Os maiores grupos de media são actualmente conglomerados de empresas de produção e distribuição de conteúdos informativos e culturais. Mesmo no sector da produção independente de obras audiovisuais, verifica-se uma crescente participação do sector da distribuição nos investimentos necessários à produção (ex. canais de televisão que financiam produção independente de series e filmes).

- Rápida mudança e convergência: a inovação tecnológica no sector dos media tem influenciado significativamente os modos de distribuição, dando gás a novos modelos de negócios digitais e a expectativas de um mercado de distribuição vibrante. O facto de o mercado de distribuição estar cada vez mais ligado à evolução da tecnologia, faz com que a própria evolução dos métodos de distribuição esteja cada vez mais em linha com a convergência de plataformas. Neste sentido, a coligação de media, telecomunicações e tecnologias da informação originou a fusão de plataformas e redes de distribuição dos produtos culturais e informativos e o aparecimento de conglomerados transversais (e.g. integração vertical da produção e distribuição de conteúdos audiovisuais com o fornecimento de acesso à internet e a serviços de televisão por subscrição).

No mercado da produção, a inovação tecnológica nem sempre é fonte de diminuição de custos, antes pelo contrário. Veja-se o caso dos orçamentos de filmes que aumentam exponencialmente com os efeitos especiais.

Na medida em que as novas formas de distribuição de conteúdos culturais e informativos abrem novos canais de comunicação preferidos pelos consumidores, surgem espaços para novos formatos de produtos culturais (ex. conteúdos educativos em vídeo). Nessa medida, a inovação tecnológica no sector da distribuição impacta e promove o aumento da inovação e da diversidade cultural no contexto da produção.

SEGUNDA PARTE

AS LICENÇAS COMPULSÓRIAS NO CONTEXTO DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DE AUTOR E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

I. Sobre a relação entre o direito de autor e o direito da concorrência

A teoria da inerência e a teoria da complementaridade³⁶

A moderna teoria económica baseia a sua análise para caracterizar esta relação na área ampla da propriedade intelectual, sem cuidar propriamente das questões específicas relativas apenas aos contextos culturais e informativos típicos do direito de autor.

A análise da relação entre o direito da propriedade intelectual e o direito da concorrência baseia-se em duas questões principais:

- a questão de saber se os direitos de propriedade intelectual, pela sua natureza de direitos exclusivos, não conflituam com as finalidades do direito da concorrência e até que ponto poderiam ser excepcionados da aplicação deste último.
- a questão de saber se o paradigma aplicado às patentes (apropriação da inovação) deve ser aplicado a todos os ramos da propriedade intelectual, e também ao direito de autor, quando se colocam questões de direito da concorrência.

Quanto às dimensões em que o direito da concorrência pode actuar na definição das condições de concorrência nos mercados, preventiva e proactiva, elas

³⁶ Sobre este capítulo cfr. Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, *Copyright, Competition and Development*, Munich, 2013, p. 36-44.

traduzem-se de modo particular em relação aos direitos de propriedade intelectual.³⁷

Na sua função de prevenção, o direito da concorrência pode estabelecer limitações aos direitos exclusivos, que são a verdadeira essência e a tradução patrimonial dos direitos de propriedade intelectual. Este é em particular o caso das licenças compulsórias.

Na sua vertente proactiva, existem autores que defendem que o direito da concorrência pode ser co-adjuvante no estabelecimento e manutenção de mercados de produção e distribuição, também no campo dos direitos de propriedade intelectual.

Na medida em que os direitos de propriedade intelectual pretendem estabelecer mecanismos para estimular a criatividade e a inovação através dos direitos exclusivos que permitem aos criadores explorar economicamente a sua obra, este ramo do direito tem uma finalidade comum com o direito da concorrência, embora os dois ramos de direito procurem atingi-la por caminhos opostos.³⁸

Se atentarmos naquilo que é inerente à natureza de cada um destes ramos de direito, enquanto os direitos de propriedade intelectual actuam sobre os direitos exclusivos através da sua protecção, e estimulam o seu exercício exclusivo, permitindo aos criadores obter o proveito económico do seu trabalho e sustentar o investimento em futuras obras, o direito da concorrência actua sobre os direitos exclusivos através da sua restrição, não só através das licenças compulsórias, que são casos raros, mas também através da regulação de preços ou de outras componentes relevantes do negócio de licenciamento.

Esta tensão latente marcou sempre a evolução da relação entre os direitos de propriedade intelectual, em particular o direito de autor, e o direito da concorrência.

Historicamente, a teoria da inerência, em voga nos Estados Unidos até aos anos 60, defendeu que existia um conflito insanável entre os direitos de propriedade

³⁷ Cfr. MOURA E SILVA, Miguel, *Protecção de Programas de Computador na Comunidade Europeia*, Direito e Justiça 7, p. 253, 1993.

³⁸ Sobre este tema cfr. Drexel, Josef, ed. *Research handbook on Intellectual property and Competition law*. Edward Elgar Publishing, 2010. Drexel nota que os incentivos à criação intelectual não são apenas económicos e que esta particularidade deverá ser considerada pelo direito da concorrência.

intelectual – em particular as patentes – e o direito da concorrência, para fundamentar uma excepção de aplicação deste último ramo de direito aos domínios do primeiro. Essa excepção era limitada pelo exercício do próprio direito de propriedade intelectual: desde que o titular do direito, em particular ao definir as condições de licenciamento, não estenda o direito para além do escopo legal do património, o direito da concorrência não tem aplicação.

Actualmente, a teoria da inerência tem sido recusada e não é acolhida nas legislações em vigor na União Europeia ou nos Estados Unidos.

Na União Europeia, a teoria da inerência foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça desde logo no caso *Grundig*³⁹ em 1966, quando decidiu que o direito da concorrência poderia impedir uma alocação territorial de mercados que resultava válida do direito aplicável às marcas a nível nacional. O caso *Volvo* é também uma confirmação da rejeição desta teoria, como veremos adiante.

Como escreve o Professor Joseph Drexel⁴⁰, a teoria dominante actualmente é a da complementaridade, baseada no facto de ambos os ramos de direito partilharem a finalidade de incentivar a criação. Esta teoria foi descrita legislativamente pela primeira vez nas *US IP Licensing Guidelines* de 1995 e também se encontra descrita nas *EU Technology Transfer Guidelines* de 2004.⁴¹ Ela deriva da visão professada pela escola de Chicago de que alguns comportamentos que poderiam ser considerados anti-concorrenciais podem na verdade trazer benefícios à concorrência, como tipicamente sucede em alguns casos de monopólio no contexto da propriedade intelectual. Desde que os benefícios excedam os efeitos negativos, então deve confiar-se na acção do mercado para calibrar e não recorrer a sanções consideradas invasivas ou extremas como as licenças compulsórias.⁴²

³⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13.07.1966, nos Proc. Ap. 56/64 e 58/64.

⁴⁰ **Para uma análise completa do tema cfr. Hilty, R. M. (Ed), Liu, K. (Ed), Compulsory Licensing, Springer (2015); Drexel, J. (Ed), Hilty, R. M. (Ed), Schön, W. (Ed), Straus, J. (Ed), MPI Studies on intellectual property and Competition Law, Springer (2015).**

⁴¹ Entretanto revistas em 2014. Para uma análise detalhada cfr. MOURA E SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência*, Coimbra, Portugal: Almedina (2003); MOURA E SILVA, Miguel, *Contratos de Licença de Tecnologia*, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, 573-594, (2011).

⁴² Para uma análise detalhada cfr. MOURA E SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência – Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*. Coimbra: Almedina, (2003).

A teoria da complementaridade foi inicialmente formulada por autores como Bowman⁴³ ao apontar que o direito da propriedade intelectual e o direito da concorrência prosseguem um fim comum: aumentar o bem estar social oferecendo aos consumidores o que estes procuram ao menor custo possível.

A teoria da complementaridade é descrita por Drexl como a teoria que em primeiro lugar reconhece que a propriedade intelectual e a concorrência prosseguem finalidades idênticas, e valoriza esse facto mais do que as potenciais tensões que possam resultar dos modos de exercício de ambos os ramos de direito.

Numa formulação evoluída, Drexl defende que ambos os ramos de direito são desenhados para promover a concorrência e a inovação. Nesse sentido, as patentes, as marcas e os direitos de autor podem proteger bens que são de tal forma bem sucedidos na sua capacidade de responder às necessidades do consumidor que permitem às empresas que detêm esses direitos uma posição dominante no mercado e até por vezes um monopólio. Contudo, essa posição dominante não é um resultado dos direitos de propriedade intelectual em si (da sua existência ou do seu exercício através de direitos exclusivos) mas sim do funcionamento do mercado.

A ideologia e também a moldura legal inerente à propriedade intelectual não permitem que os concorrentes utilizem os direitos de propriedade intelectual já estabelecidos a favor de outros, mas permitem que essas empresas invistam na criação de produtos concorrentes que também podem qualificar-se para a protecção concedida pela propriedade intelectual sem que isso necessariamente colida com uma patente anterior. A concorrência deve fazer-se pela criação de bens de substituição e não pela imitação.⁴⁴

Neste sentido, a propriedade intelectual funcionaria como garante de uma eficiente alocação de recursos (eficiência alocativa), mas também como estimulante de novos produtos (eficiência dinâmica) com vista à promoção do crescimento e do bem estar social.

⁴³ BORK, Robert H. and BOWMAN JR., Ward S., *The Crisis in Antitrust*, in Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (Mar., 1965), pp. 363-376;

⁴⁴ KÄSEBERG, Thorsten. *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, Bloomsbury Publishing, 2012, 9-67.

É nesta base que se diz que o direito da propriedade intelectual e o direito da concorrência partilham os objectivos de promover o bem estar dos consumidores e a eficiente alocação de recursos, mas também a inovação e a respectiva exploração económica.

A teoria da complementaridade baseia-se na aceitação dos direitos exclusivos como restritivos do crescimento do mercado por imitação ou duplicação e ao mesmo tempo estimulantes da concorrência dinâmica através da substituição. Nesta dicotomia reside o *trade off* dos direitos de propriedade intelectual⁴⁵: espera-se que os seus efeitos pró-competitivos excedam os seus efeitos anti-competitivos e essa é a razão de ser dos direitos exclusivos que são conferidos aos seus titulares.

No direito europeu, o artigo 345 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece que “*Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros*”. O Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu já no citado caso *Grundig* que esta disposição deve ser interpretada não no sentido de excluir a aplicação do direito da concorrência a ramos do direito da propriedade que são por definição reservados à regulação nacional dos Estados Membros, como a propriedade intelectual, mas antes no sentido de limitar a sua avaliação às condições de exercício do direito, abstendo-se de interferir nas regras que definem a própria existência ou não desse mesmo direito.

Em conclusão: a teoria da complementaridade permite ao direito da concorrência intervir no contexto da propriedade intelectual, incluindo o direito de autor, sempre e quando essa intervenção seja necessária para alcançar a inovação e/ou contribuir para a diversidade cultural e se limite aos modos de exercício do direito de propriedade intelectual em causa, ainda que necessite de os regular (inclusive através de limitações como as licenças compulsórias) com vista a assegurar a concorrência dinâmica. Esta actuação deve ser orientada para promover o bem estar dos consumidores e a eficiente alocação de recursos, mas também a inovação e a respectiva exploração económica.

⁴⁵ Cfr. Drexler, J., *IMS Health and Trinko – antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal to deal cases*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2004, 35(7), 788-808.

É com base nesta teoria que tem actuado o direito da concorrência Europeu nas suas intervenções no domínio da propriedade intelectual.

A teoria da complementaridade e as particularidades do direito de autor

Na União Europeia, a abordagem recomendada para decidir sobre se e como aplicar o direito da concorrência à propriedade intelectual tem de ser obrigatoriamente feita em observação do caso concreto e dos seus contornos. Nesse sentido, o primeiro Regulamento sobre acordos de transferência de tecnologia⁴⁶, referia que adopta “uma abordagem de carácter económico que aprecia o impacto dos acordos no mercado relevante”.

Como vimos, o direito da concorrência poderá aplicar restrições aos direitos de propriedade intelectual sempre e quando no caso concreto estas sejam necessárias à promoção da inovação e da concorrência dinâmica, que são os objectivos comuns de ambos os ramos de direito.

A teoria da complementaridade desenvolveu-se inicialmente para as patentes, baseada no paradigma da inovação: as patentes permitem incentivar a criação de inventos de aplicação industrial e produtiva, através dos direitos exclusivos de apropriação económica do valor gerado pelos direitos no mercado. Estes rendimentos permitem não só ao inventor gerar valor pela sua invenção em concreto, como também estimulá-lo a criar novas invenções.

A inovação no contexto da propriedade intelectual, e em concreto das patentes, ultrapassa o conceito de concorrência na acepção de produção do maior número de unidades possível ao mais baixo custo possível. Ela traz na sua essência mais e melhores produtos ao mercado, e na medida em que estes contribuam para melhor satisfazer as necessidades dos consumidores, a inovação é alcançada.

O mesmo se passa com o direito de autor *mutatis mutandis*: aqui é a diversidade cultural que serve de objectivo último dos direitos exclusivos estabelecidos para proteger a criação cultural.

A diversidade cultural é um conceito amplo e de certo modo fluído, e nesse sentido apenas pode ser avaliada caso a caso. Este facto coloca questões

⁴⁶ REGULAMENTO 772/2004 DA COMISSÃO, de 27.04.2004 entretanto substituído pelo REGULAMENTO 316/2014 DA COMISSÃO de 21.03.2014 relativo à aplicação do art. 101, 3 do Tratado a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia.

complexas, nomeadamente na fase de definição do mercado relevante, como veremos adiante.

Como vimos, os bens culturais tipicamente protegidos pelo direito de autor (as histórias contidas nos livros, as músicas, os filmes) por definição não são substituíveis entre si e por isso não competem entre si. Em consequência, a definição de mercado relevante não pode ser estática,⁴⁷ ao ponto de assentar em premissas fixas de que cada obra é um mercado ou ao ponto de unificar, por exemplo, todas as plataformas de distribuição de filmes no mesmo mercado apenas porque se dedicam a fazer chegar ao consumidor o mesmo tipo de bens culturais.

A definição de mercado em contextos de protecção pelo direito de autor é um exercício delicado, pois o direito de autor (tal como os direitos de propriedade intelectual em geral) é definido com um âmbito de protecção territorial nacional. Apesar das Convenções e Tratados Internacionais que asseguram o tratamento recíproco e nessa medida estendem a protecção do direito de autor concedida no seu território a obras originárias de outros países signatários, as condições de exercício do direito continuam a ser as estabelecidas no Estado onde a protecção é requerida.

A definição de mercado relevante no contexto cultural protegido pelo direito de autor terá de ser feita necessariamente em função do caso concreto. Desenvolveremos adiante as particularidades da definição de mercado em contextos de protecção pelo direito de autor, em particular nas indústrias criativas.

União Europeia: a colaboração entre o direito de autor e o direito da concorrência na promoção do mercado de conteúdos online

A relação entre o direito de autor e o direito da concorrência na União Europeia tem sido marcada por uma intersecção colaborativa, no que toca ao objectivo

⁴⁷ Neste sentido, cfr. MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, (2008), 582-609. FERRO, Miguel Sousa, *A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, (2014)

político declarado pela Comissão Europeia de estabelecer um mercado interno sem barreiras para os conteúdos criativos, também no contexto digital⁴⁸.

Em seguida destacamos dois casos emblemáticos por evidenciarem a interacção entre o direito da concorrência e o direito de autor no objectivo político da Comissão Europeia de promover o mercado único digital, em especial no contexto das indústrias culturais e criativas. O primeiro caso situa-se no contexto da gestão colectiva do direito de autor, e visou aumentar a eficiência do sector (promovendo a sua liberalização a nível Europeu até certo ponto). O segundo caso é recente e visa o sector da radiodifusão e o modelo de negócio baseado nas licenças territoriais exclusivas. Em comum, ambos os casos foram iniciados com investigações da DG Competition e seguidos por acção política e legislativa destinada a regulamentar o exercício dos direitos de autor.

Esta política, prosseguida activamente pela Comissão Barroso, tem sido desenvolvida pela Comissão Juncker desde 2015.

O Caso CISAC⁴⁹

A Directiva CRM de que falámos foi precedida por acções da DG Competition orientadas pela rejeição de certas medidas adoptadas pelas sociedades de gestão nos seus acordos de representação recíproca, a qual foi confirmada depois por via legislativa. A DG Competition interpretou-as como medidas proteccionistas infractoras do direito da concorrência Europeu, em particular no contexto do mercado digital que, na visão da Comissão, deve ser por natureza Europeu e não nacional.

A acção da DG Competition em relação aos acordos de representação recíproca da CISAC e em particular à reserva territorial de licenças foi marcada pela ideia de modernizar o mercado das licenças digitais para utilização de obras musicais, com vista a uma liberalização plena deste mercado. A Comissão tentou eliminar as reservas de licença nacionais mas, mais importante, conseguiu eliminar as limitações impostas aos titulares de direitos que os obrigavam a seleccionar a

⁴⁸ Cfr. RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO, de 18 de Maio de 2005, relativa à gestão transfronteiriça colectiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços musicais em linha legais; Licences for Europe, Ten pledges to bring more content online, 2013; A Strategy for the Digital Single Market”, 2015.

⁴⁹ Para consulta de todos os documentos relevantes cfr. <http://www.cisac.org/Cisac-University/Legislation/The-CISAC-Case>.

sociedade do seu país de residência e não a que gerisse os seus direitos de modo mais eficiente.

O processo foi despoletado por duas queixas, apresentadas pela RTL contra a GEMA, uma sociedade de gestão colectiva alemã, por recusar fornecer uma licença à escala comunitária para a radiodifusão musical (2000), e pela Music Choice Europe contra a CISAC, visando o contrato tipo entre a CISAC e as sociedades de gestão que são seus membros, e que previa que cada sociedade de gestão colectiva apenas pode conceder licenças para o território em que se encontra estabelecida (2003).

Em 2006, a Comissão Europeia procedeu à comunicação de acusações, e em 2007, após audição das sociedades de gestão colectiva, a CISAC e dezoito sociedades propuseram compromissos, ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento 1/2003. A Comissão Europeia entendeu que estes compromissos não constituíam resposta adequada às acusações e em 2008 proferiu a decisão de condenação da CISAC e de 24 sociedades de gestão por infracção ao direito da concorrência através de uma prática concertada, imediatamente impugnada pelas sociedades.

Esta decisão da Comissão, mais tarde escrutinada pelo Tribunal Europeu, visou os acordos de representação recíproca no que respeita apenas à sua aplicação às explorações dos direitos de autor por internet, por satélite e por cabo (tipicamente inseridas no sector dos media e ultrapassando os modelos de negócios analógicos de distribuição de obras através de suportes físicos). Na sua decisão a Comissão proibiu:

- *as cláusulas de adesão*: obrigam os autores a serem membros apenas da sociedade de gestão colectiva do seu território de residência, limitando a sua capacidade de livre adesão à sociedade que apresente melhores condições para a gestão dos seus direitos (e.g. tarifários mais elevados, comissões de gestão mais reduzidas).
- *as cláusulas de exclusividade*: prevêm que uma sociedade não pode licenciar utilizadores comerciais no território de estabelecimento de outra sociedade.
- *uma prática concertada* que resultaria da aplicação dos acordos de representação recíproca, através da qual cada sociedade limita o seu direito de conceder licenças relativas ao seu repertório no território de estabelecimento de

outra sociedade contratante. Deste modo, reserva a esta última a representação em exclusivo no seu território de estabelecimento do seu repertório próprio e do repertório mundial cuja gestão lhe é conferida através dos acordos de representação recíproca celebrados com outras sociedades.

De acordo com a Comissão Europeia, as sociedades de gestão colectiva aplicavam estes acordos de representação recíproca de modo a criar limitações territoriais nacionais através de uma prática concertada proibida pelo artigo 101 TFUE.

A decisão da Comissão visou a alegada prática concertada obrigando à eliminação das cláusulas daninhas à concorrência, sem no entanto pôr em causa a existência dos acordos de representação recíproca em si. Estes acordos são um legado da gestão de direitos no mercado físico e analógico e asseguram a base de legitimidade de representação de repertório internacional necessária para as licenças que abrangem um núcleo indefinido de obras, validando uma utilização geral (e.g. na retransmissão por cabo o operador de cabo que utiliza o direito exclusivo não pode saber *a priori* no momento da licença o que vai ser programado e emitido pelos canais de televisão que agrega pelo que a licença colectiva cobre um número indeterminado de obras e titulares de direitos, por via da presunção legal de representação estabelecida na Directiva do Satélite e do Cabo). Estes acordos de representação recíproca têm também a virtude de facilitar a igualdade de tratamento a nacionais e estrangeiros. Nesse sentido, a decisão da Comissão foi equilibrada ao visar apenas os escolhos e seria provavelmente desproporcionada se pretendesse eliminar os mecanismos contratuais de representação recíproca.

A Comissão não aplicou coimas às sociedades, mas exigiu que estas eliminassem as cláusulas em questão e pusessem termo à referida prática concertada, como prevê o artigo 101.^o do TFUE, porque não considerou existirem motivos para alicerçar a aplicação da cláusula de balanço económico.

Algumas sociedades argumentaram que a concorrência entre elas implicaria um nivelamento por baixo dos rendimentos dos titulares de direitos, na sua resposta à comunicação de acusações. A CISAC alegou a especificidade das sociedades europeias e a importância de assegurar o seu modelo de gestão de direitos de autor, em prol da diversidade cultural, da difusão dos repertórios europeus e da salvaguarda dos fundos sociais e culturais. As recorrentes argumentaram ainda

contra um caminho de uniformização de licenças em pólos centrais no qual não se revêem.

A Comissão contra-argumentou dizendo que o Tratado permite desenvolver um mecanismo de tarifas para limitar a concorrência aos custos de administração (i.e. não ferindo o valor dos direitos a distribuir ao titular) e que além disso, uma sociedade de gestão colectiva ao mandatatar outra pode definir um nível de receitas equivalente a um preço por grosso do seu repertório, o que permite a concorrência entre sociedades de gestão colectiva que licenciam esse mesmo repertório, limitando-a à margem que acrescentam a esse preço por grosso. A Comissão manifestou assim que professa critérios de eficiência na gestão de direitos, e que estes não têm necessariamente de contender com a promoção da diversidade cultural europeia.

Em Abril de 2013, a sexta secção do Tribunal Geral proferiu uma decisão considerada histórica pelo sector da gestão de direitos, e que não sofreu recurso pela Comissão.

O Tribunal anulou parcialmente a decisão da Comissão Europeia, na parte relativa à declaração de prática concertada de partilha e restrição territorial de mercados, considerando que não foram apresentadas provas suficientes. A decisão baseou-se na ausência de prova documental da concertação e no facto de a Comissão não ter conseguido contraditar a tese apresentada pela CISAC e pelas sociedades de gestão recorrentes, quanto à justificação do seu comportamento paralelo no que se refere ao alcance territorial dos mandatos conferidos mutuamente, fundamentado por estas na própria estrutura do mercado da concessão de licenças e na necessidade de combater eficazmente os usos ilícitos de obras musicais através de intervenções judiciais e administrativas, de resto baseadas no TRIPS e nas Directivas Enforcement e InfoSo, que as sociedades são obrigadas a conduzir no seu território de estabelecimento devido ao *ius fori*.

Simultaneamente, o Tribunal confirmou a decisão da Comissão de devolver aos titulares de direitos a liberdade de decisão sobre que sociedade os representa e para que direitos e aos utilizadores a liberdade de seleccionar o fornecedor da sua preferência, ao decidir pela invalidade das cláusulas de adesão e de exclusividade.

O Tribunal parece ter apontado uma solução equilibrada, viabilizando as limitações territoriais na justa medida em que são necessárias ao exercício e protecção do direito de autor, sem no entanto permitir uma exclusividade prejudicial para os titulares de direitos e para os utilizadores.

O Tribunal salientou que, devido ao seu carácter monopolista, e porque existe um interesse público legítimo a proteger (a diversidade cultural e o acesso às obras protegidas), a gestão colectiva está sujeita a regulação pública, no que se refere ao estabelecimento e ao funcionamento das sociedades de gestão colectiva, que são objecto de supervisão estatal na maior parte dos países europeus.

O modelo tradicional, que resulta da aplicação pura das legislações nacionais sem acordos de representação recíproca, apenas permite às sociedades de gestão colectiva licenciar o seu repertório nacional, e por isso apresenta ineficiências para a procura e para a oferta, do ponto de vista económico. Ao nível da procura, os utilizadores têm de obter uma licença em cada território, e portanto suportar custos com múltiplas negociações; ao nível da oferta, um sistema baseado em monopólios não permite benefícios de economias de escala e elimina os incentivos para reduzir custos devido à ausência de pressão concorrencial.

O modelo de licenciamento central permite ultrapassar estas ineficiências e ainda acrescentar factores de eficiência, como a diminuição de custos administrativos, prevenindo que sejam imputados à actividade de licenças online custos que emergem de outros licenciamentos (subsidição cruzada). Do ponto de vista dos utilizadores, eliminam-se múltiplas obrigações de reporte e negociação.

O sistema de acordos de representação recíproca viabiliza um licenciamento do repertório mundial através de sociedades de gestão colectiva nacionais, mas no modelo de exclusividade que era aplicado pelas sociedades de gestão limita o poder de escolha dos utilizadores e consequentemente a eficiência.

Segundo as recorrentes, uma das consequências da política da Comissão, na qual se insere a decisão CISAC, é que as sociedades de gestão colectiva nacionais deixam de poder oferecer licenças para o repertório mundial, o que dificulta a gestão multi-territorial e retira poder de negociação aos titulares de direitos.

O TJUE destacou esta importante função no caso BRT/SABAM, referindo que sem as sociedades de gestão colectiva em certos contextos de licenças obrigatórias, como a comunicação pública ou a radiodifusão, até os titulares de direitos mais populares estariam numa posição de mercado inferior à dos utilizadores comerciais de grande escala. No mesmo sentido, Richard Posner⁵⁰: *“by eliminating the heavy transaction costs that the direct licensing of music from the copyright holders would involve, the blanket license offers users a more attractive product at a lower price than competitive licensing would offer. It is another example of how restricting competition can actually enhance economic welfare. This conclusion is reinforced by the fact that the blanket license is non-exclusive (...) users are not worse off, and the composers are better off, so there is a welfare gain that could not be achieved if the blanket license were prohibited as a form of price fixing (which it is). It is no surprise that the blanket license has escaped the usual per se condemnation of price fixing.(...)”*

Além disso, a posição monopolista das sociedades de gestão colectiva na Europa tem por contrapartida o princípio da solidariedade e a protecção da diversidade cultural, através da divulgação dos repertórios nacionais menos apetecíveis do ponto de vista estritamente comercial mas de igual modo fundamentais à luz do projecto cultural Europeu.

As leis nacionais contêm mecanismos que limitam o abuso de posição dominante das sociedades de gestão colectiva, nomeadamente através da obrigação de contratar com utilizadores e de representar titulares de direitos.

Estas obrigações foram significativamente reforçadas na Directiva CRM, num trabalho conjunto do direito da concorrência e do direito de autor para alcançar um quadro adequado ao desenvolvimento do mercado criativo digital Europeu. Adicionalmente, como já vimos, a Directiva CRM regulamentou as licenças colectivas multi-territoriais no sector da música nos termos que resultaram validados dos processos conduzidos no âmbito do direito da concorrência⁵¹.

⁵⁰ POSNER, Richard e LANDES, William M., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, (2003), p. 386.

⁵¹ Para uma visão geral sobre os casos que precederam a Directiva cfr. *COLLECTIVE RIGHTS MANAGEMENT IN THE ONLINE WORLD - A review of recent Commission initiatives*, TOFT, T. For European Commission, Brussels, 2006.

A Estratégia para o Mercado Único Digital e o caso Sky

Em Maio de 2015 a Comissão Europeia adoptou a Estratégia para o Mercado Único Digital⁵², que inclui um conjunto de acções específicas a concretizar até ao final de 2016.

A Estratégia assenta em três pilares: (1) Melhor acesso dos consumidores e empresas a bens e serviços digitais em toda a Europa (2) Criação de condições adequadas e de condições de concorrência equitativas para o desenvolvimento de redes digitais e de serviços inovadores (3) Optimização do potencial de crescimento da economia digital.

Nos pilares (1) e (2) prevêem-se medidas de harmonização legislativa no campo do direito de autor, tendo por objectivos *“melhorar o acesso das pessoas a conteúdos culturais em linha — protegendo assim a diversidade cultural — e abrindo simultaneamente novas oportunidades para os criadores e a indústria de conteúdos. A Comissão deseja, em especial, garantir que os utilizadores que comprem filmes, música ou artigos em casa também possam usufruir deles quando viajam em toda a Europa. A Comissão analisará também o papel dos intermediários em linha em relação a obras protegidas por direitos de autor. Intensificará a luta contra as infracções à escala comercial dos direitos de propriedade intelectual.”*⁵³

Uma das medidas avançadas pela Comissão através da Comunicação da DG Connect foi a eliminação da territorialidade dos modelos de negócios digitais no espaço Europeu. A Comissão declarou guerra aos mecanismos de *geo-blocking*, que previnem o acesso a serviços online de música, filmes, livros, notícias e outros conteúdos de media subscritos em outros Estados Membros.

O enfoque na territorialidade como potencial entrave ao acesso a conteúdos culturais nos vários Estados Membros da União Europeia foi também objecto de atenção por parte da DG Competition, antes da publicação da Estratégia.

Em Julho de 2015 a Comissão Europeia enviou uma declaração de objecções à Sky UK e a 6 Estúdios de Hollywood: Disney, NBCUniversal, Paramount Pictures, Sony, Twentieth Century Fox and Warner Bros.

⁵² COMUNICAÇÃO DA Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa de 06.05.2015.

⁵³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_pt.htm.

A Comissão adoptou a posição preliminar de que cada um dos seis estúdios e a Sky UK acordaram bilateralmente em por em prática restrições contratuais que previnem a Sky UK de disponibilizar a consumidores localizados em outros países o acesso, via satélite ou online, a serviços de pay TV disponíveis no Reino Unido e na Irlanda. Sem essas restrições, alega a Comissão, a Sky UK poderia decidir livremente vender esses serviços ou não, com base em razões puramente comerciais. Contudo, a Comissão sublinha que essa decisão comercial sempre estaria condicionada ao respeito da moldura regulatória nacional, incluindo as leis de direito de autor.

Se esta posição preliminar for confirmada, as partes serão consideradas culpadas de infracção às regras de concorrência que proíbem as práticas concertadas. Os estúdios têm agora a oportunidade de se defender.

A Comissão divulga ainda que investiga este caso desde 2014 e que as suas preocupações estão também relacionadas com as cláusulas que proíbem as vendas passivas (vendas solicitadas por consumidores residentes em países onde a Sky UK não oferece nem promove activamente através de publicidade ou marketing os seus produtos).

A Comissão informa que outras cláusulas em análise são as que, em conexão com o modelo de negócios dos estúdios (assente em licenciar apenas um *broadcaster* em cada território ou área linguística), estabelecem um compromisso dos estúdios em proibirem, nos acordos de licenciamento que concluem com outros *broadcasters*, a emissão dos seus filmes por estes últimos no território do Reino Unido e da Irlanda (fornecido pela Sky UK).

A Comissão argumenta que estas cláusulas implementam uma absoluta exclusividade territorial à Sky UK e/ou a outros *broadcasters*, eliminando a concorrência multi-territorial entre pay TV *broadcasters* e repartindo o mercado Europeu entre fronteiras nacionais.

A Comissão declara assim uma clara intenção política de intervir no modelo de negócios do sector audiovisual. De tal modo que frisa que continuará a observar o desenvolvimento de acordos de licença semelhantes encontrados em outros países europeus, nomeando os contratos com o Canal Plus de França, a Sky Itália de Itália, a Sky Deutschland da Alemanha e a DTS de Espanha.

Reconhecendo que as restrições contratuais terão de ser vistas também à luz das leis nacionais de direitos de autor e outras molduras regulatórias aplicadas aos media (e.g. obrigações derivadas da já citada Directiva AVMS), a Comissão declara mais uma vez a sua intenção de rever a legislação de direitos de autor, de modo a harmonizá-la a nível Europeu e com o objectivo de facilitar o acesso online aos conteúdos criativos no mercado único Europeu.

A questão das restrições de vendas passivas já foi analisada pelo TJUE em 2011, na sua decisão nos casos Premier League/Murphy, que analisaremos com mais detalhe adiante. O TJUE considerou que os acordos de licença que impedem um prestador de serviços de televisão de oferecer serviços fora do território da licença garante-lhes absoluta exclusividade, eliminando a concorrência e repartindo o mercado entre fronteiras nacionais. Portanto, concluiu o Tribunal, *“as cláusulas de um contrato de licença exclusiva celebrado entre o titular dos direitos de propriedade intelectual e um organismo de radiodifusão constituem uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º TFUE, uma vez que proíbem a esse organismo o fornecimento de dispositivos de descodificação que permitam o acesso aos objectos protegidos desse titular com vista à sua utilização fora do território abrangido pelo contrato de licença.”*

Em 2013, sob a batuta do Comissário Almunia, a Comissão já havia fixado a sua posição sobre as restrições verticais de vendas nos mercados online e os possíveis casos de aplicação da excepção de proibição de acordos que restringem, distorcem ou impedem a concorrência⁵⁴.

De acordo com o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, esses acordos deixam de ser nulos e inexistentes se os seus efeitos positivos excedem os seus efeitos negativos. Apesar de esta avaliação apenas ser possível com base na observação do caso concreto enquadrada numa correcta definição de mercado relevante, a Comissão adoptou em 2010 o Regulamento de Excepções em Bloco (REB)⁵⁵ fornecendo um porto seguro à maior parte dos acordos verticais e indicando

⁵⁴ Cfr. ROUNDTABLE ON VERTICAL RESTRAINTS FOR ON-LINE SALES - Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2013)18, 2013.

⁵⁵ REGULAMENTO (UE) N.º 330/2010 DA COMISSÃO de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

claramente os critérios para avaliar se esses acordos podem ser excepcionados da proibição.

A aplicação da cláusula de exceção depende da verificação de 4 requisitos, incluindo que o acordo não pode conter nenhuma das restrições designadas *hardcore* e enumeradas no artigo 4 do REB, que têm por denominador comum a susceptibilidade de prejudicar os consumidores.

Uma dessas restrições *hardcore* é a restrição territorial de vendas online activas e passivas que impedem o consumidor de aceder a produtos disponíveis num Estado Membro outro que o da sua residência, mesmo quando é o consumidor a solicitar o serviço. A Comissão exemplifica como práticas proibidas a recusa de fornecimento após verificação dos dados de cartão de crédito, entre outras práticas de vendas selectivas online.

Um dos marcos importantes da interpretação da Comissão sobre este tema dos acordos de distribuição exclusiva é que um fornecedor pode proibir um distribuidor de efectuar vendas a outros distribuidores não autorizados (activas ou passivas). A Comissão também admite que as vendas activas a consumidores situados no território de um outro distribuidor sejam restritas; mas as vendas passivas a consumidores finais (em resposta a pedidos não solicitados de fornecimento submetidos pelo consumidor directamente) têm de permanecer livres.⁵⁶

No campo legislativo, a Comissão apresentou ao Conselho em Dezembro de 2015 um Regulamento acerca da portabilidade de serviços online no mercado da União, que prevê a portabilidade temporária ao abrigo de uma ficção jurídica. Esta ficção jurídica afasta a necessidade de o prestador de serviços ter autorização para utilizar os direitos exclusivos sobre os conteúdos em outro Estado-Membro sempre e quando os conteúdos sejam acedidos por um subscritor do serviço no território de estabelecimento do prestador e para o qual este obteve uma licença dos titulares de direitos de autor. A ficção jurídica está em que, apesar de o acesso pelo subscritor ser feito num outro Estado Membro, ele presume-se feito no Estado Membro de origem (da subscrição e do prestador de serviços) desde que o acesso seja temporário.

⁵⁶ Cfr. *idem* 55.

Ao longo do próximo ano, veremos como se desenrolam as acções da Comissão Europeia no campo da concorrência e como decorre o debate acerca das propostas de reforma legislativa do direito de autor no contexto digital.

Aguarda-se ainda em 2016 a divulgação de resultados de consultas públicas entretanto iniciadas e dos estudo de impacto que precedem a acção legislativa e política da Comissão, bem como a apresentação das primeiras medidas legislativas, sendo que as indicações dadas pela Comissão nos documentos de consulta entretanto publicados⁵⁷ apontam para uma possível extensão dos casos de licença compulsória legal.

II. As licenças compulsórias e a propriedade intelectual

O contexto político e regulatório⁵⁸

Internacionalmente, tanto os Estados Unidos como a União Europeia encaram com reservas a consagração legislativa de licenças compulsórias no âmbito da propriedade intelectual.

No pólo oposto, os países em desenvolvimento apoiam as licenças compulsórias, em particular porque lhes permitem lidar com questões vitais como a medicina ou áreas particularmente solicitadas em situações de emergência social e económica.⁵⁹ Esta visão baseia-se no interesse público como instrumento para definir a propriedade intelectual e se necessário limitar o seu exercício, e na interpretação como interesse público do direito de todos os cidadãos a aceder a determinados recursos escassos essenciais à vida humana, em particular os relacionados com a medicina. A visão destes países é ainda baseada num conceito de responsabilidade social inerente à presença de certas empresas, em particular do ramo farmacêutico, no seu mercado.

⁵⁷ Sobre a consulta para revisão da Directiva Satélite e Cabo (93/83/CE) <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-seeks-views-satellite-and-cable-directive>.

⁵⁸ Sobre o tema Cfr. GALLEGO, Beatriz, *Unilateral refusal to license Indispensable Intellectual Property Rights, US and EU Approaches*, in DREXL, Joseph (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, 2008, 215 e sgts.; TUDOR, Jarrod, *Compulsory Licensing in the European Union*, University of Kent, (2012); FINE, Frank, *European Community Compulsory Licensing Policy: Heresy versus Common Sense Symposium on European Competition Law*, 24 NW. J. INT'L L. & BUS. 619 (2004).

⁵⁹ CORREA, Carlos M., *Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, University of Buenos Aires, Organização Mundial de Saúde (2002), p. vii

O *round* de negociações da Organização Mundial do Comércio (OMC) de Doha manteve a previsão das licenças compulsórias nos limites actualmente consagrados no TRIPS, e as negociações sobre o tema resultaram na aprovação de uma recomendação, contida na Declaração Ministerial sobre o acordo TRIPS e a Saúde Pública (aprovada em 2001 e conhecida como Declaração de Doha), no sentido de criar mecanismos para avaliar os casos em que uma licença compulsória deve ser aplicada.

Recorde-se que o TRIPS, no seu artigo 31, permite aos Estados Membros impor licenças compulsórias de patentes em casos em que tenha existido boa fé para assegurar uma licença mediante termos comerciais razoáveis e em que essa licença seja recusada, estabelecendo que a licença compulsória deve ser concedida apenas mediante uma remuneração adequada. A Declaração de Doha vem regular o exercício das licenças compulsórias em casos de emergência, como epidemias.

Para vários países em desenvolvimento, o normativo das licenças compulsórias de patentes devia ser desenvolvido. Proclamam que as licenças compulsórias são uma emanção do artigo 7 do acordo TRIPS que declara que *“A protecção e a aplicação de normas de protecção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social económico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.”*

Diferentemente, em relação às marcas, o acordo TRIPS exclui no artigo 21 qualquer tipo de licença compulsória, o que se deve a invocadas razões de controlo de qualidade e simultaneamente à própria essência da marca enquanto sinal distintivo de um determinado produto.

A Declaração de Doha é um marco importante. Ela permite a certas nações da América Latina, da Ásia e da África obterem licenças compulsórias para fabricar e distribuir certos medicamentos anti-retrovirais invocando estado de emergência de saúde nacional, incumbindo a Organização Mundial de Saúde de aferir a necessidade e a capacidade dos países em desenvolvimento de produzir esses medicamentos.

Esta intrusão nos direitos de propriedade intelectual, sendo limitada a países que não podem pagar o custo dos medicamentos anti-retrovirais para tratar o flagelo da SIDA que assola as suas populações a preços comerciais normais, é justificada por um interesse público superior ao protegido pelas patentes em causa: o direito à vida e o direito à saúde.

Neste sentido, Doha representa um importante marco político: a comunidade internacional reunida na OMC acordou no princípio de que, por mais valiosa que seja a componente patrimonial do direito de patente, ela pode, em circunstâncias excepcionais, ser suprimida ou regulada em função de um interesse público maior, neste caso a saúde nacional.⁶⁰

Uma das tentativas de institucionalizar as licenças compulsórias mais significativas que se seguiram à Declaração de Doha foi o Projecto de Tratado Substantivo sobre Direito das Patentes promovido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual⁶¹, que não prosseguiu.

Na área dos direitos de autor, a Convenção de Berna deixou aos Estados Membros a liberdade de introduzirem condições de exercício dos direitos de autor no seu território, incluindo através de licenças compulsórias em relação a importantes direitos exclusivos patrimoniais: o direito de comunicação pública e seus sub-tipos (incluindo retransmissão e radiodifusão)⁶² e o direito de reprodução.

Também a Convenção de Roma⁶³ adopta esta filosofia em relação aos direitos dos artistas e dos produtores fonográficos, fixando o direito a uma remuneração equitativa no caso das obras musicais que são radiodifundidas.

Enquadramento das licenças compulsórias e relação com o direito de autor na União Europeia

Licenças compulsórias podem ser definidas como instrumentos que permitem utilizar um direito de propriedade intelectual sem o consentimento prévio voluntário do respectivo titular e mediante o pagamento de uma remuneração

⁶⁰ MURTHY, Divya, *The Future of Compulsory Licensing: Deciphering the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health*, American University International Law Review 17, no. 6 (2002): 1299-1346.

⁶¹ As negociações foram suspensas em 2006 http://www.wipo.int/patent-law/en/draft_spl.htm

⁶² Artigos 11 *bis* e 13.º Convenção de Berna.

⁶³ Artigo 12.º da Convenção de Roma.

razoável. Caso a remuneração seja deixada para definir entre as partes, fala-se de licença compulsória em sentido restrito. Caso a remuneração seja fixada por instrumento judicial, administrativo ou legislativo fala-se de licença estatutária ou de licença compulsória em sentido amplo. Alguns autores referem que em ambos os casos o direito exclusivo é despromovido a mero direito de remuneração.⁶⁴

No campo do direito de autor, existem diversos casos de licenças compulsórias e estatutárias estabelecidas por leis nacionais, incluindo como resultado de Directivas Europeias ou na senda de Convenções Internacionais.

A legislação Europeia de direitos de autor estabelece vários casos de licença compulsória. É o caso do direito de retransmissão⁶⁵, cuja licença compulsória foi tornada obrigatória pela Directiva 93/83/EC (que fixa ainda um regime de gestão colectiva obrigatória).

No campo do direito da concorrência Europeu, não existem instrumentos legislativos que fixem as condições de aplicação de licenças compulsórias.

Na falta de legislação específica, tem sido através de decisões judiciais que as condições para fixar licenças compulsórias têm sido estabelecidas como remédio para o abuso de posição dominante sob a forma de recusa de licenciamento, em particular no domínio da propriedade intelectual.

Tanto nas decisões administrativas da Comissão Europeia como nas decisões judiciais do TPI e do TJUE tem feito doutrina a posição de que o direito da concorrência deve limitar-se a ponderar sobre as condições de exercício dos direitos de propriedade intelectual, abstendo-se de qualquer pronúncia sobre a sua existência, sendo os direitos de propriedade intelectual reconhecidos na jurisprudência Europeia tal como endossados pelos Estados Membros.

Este equilíbrio de soberania tem um sagaz significado político enquanto não existir suficiente apoio para a harmonização europeia da legislação substantiva aplicável à propriedade intelectual, incluindo ao direito de autor.

⁶⁴ LIU, Kung-Chung, *The need and justification for a general competition-oriented compulsory licensing regime*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, IIC, 2012, 43(6), 679-699.

O padrão de recusa de licença no direito europeu

A questão das licenças compulsórias na União Europeia não se coloca em saber se a Comissão Europeia e o TJUE apoiam as licenças compulsórias enquanto instrumento de execução do direito da concorrência, mas sim em saber quão longe estas instituições estão dispostas a ir para defender o direito da concorrência contra os interesses dos titulares de direitos de propriedade intelectual.

As primeiras demonstrações da adopção da doutrina das licenças compulsórias pelo TJUE antecedem em muito a Declaração de Doha e datam dos anos 70. São de destacar as decisões nos casos *Sea Containers, Commercial Solvents, United Brands*⁶⁶.

No que toca às licenças compulsórias no contexto da propriedade intelectual, a primeira decisão relevante foi adoptada no caso *Magill*, em 1988.

Foi através de decisões do TJUE que se fixaram os parâmetros de aplicação do artigo 102 do TFUE aos casos de recusa de licença, como uma sub-categoria dos casos de recusa de negociar.

Estes casos são geralmente analisados sob o ponto de vista das teorias de *essential facilities and leveraging*.

Aplicada ao direito de autor, a teoria de *essential facilities* pretende dar resposta à questão se o direito de propriedade intelectual – e em particular o bem que este visa proteger – constitui uma estrutura essencial necessária para que o requerente da licença possa entrar num mercado secundário. Em consequência, a avaliação da existência de danos à concorrência é feita com base numa extensão da posição dominante detida no mercado das licenças de propriedade intelectual a um mercado secundário, o que implica a distinção e análise dos dois mercados e, em último caso, a existência de uma posição dominante por parte do titular de direitos em ambos os mercados.

Contudo, deve notar-se que o abuso de posição dominante em casos de recusa de licença não é um exclusivo de casos de integração vertical.

São frequentes os casos em que titulares de direitos que não detêm uma posição no mercado secundário recusam uma licença. Por isso, as teorias *essential*

⁶⁶ Para uma análise detalhada destes casos cfr. MOURA E SILVA, já citado *Direito da Concorrência* (2008).

facilities and leveraging, embora constituindo o paradigma para analisar os casos de recusa de licença, nem sempre são as mais indicadas para aferir o dano, em particular no caso dos direitos de propriedade intelectual. Neste sentido, como afirma o Professor Miguel Moura e Silva, “o Tribunal de Justiça tem evitado sistematicamente o recurso ao conceito de infra-estruturas essenciais na análise de recusas de licença”⁶⁷.

Não pode deixar de notar-se também o papel da Comissão Europeia na aplicação de licenças compulsórias no campo dos direitos de propriedade intelectual. Um dos passos fundamentais adoptados pela Comissão na solidificação do seu entendimento doutrinal sobre as licenças compulsórias foi o caso *IMS Health*, que analisaremos em detalhe adiante. O mais recente e marcante caso é o caso *Microsoft*, sobre o qual também nos deteremos.

Magill foi o primeiro caso a ser visto como uma decisão fundamental do TJUE no estabelecimento da *teoria das circunstâncias excepcionais* como base para aplicação de licenças compulsórias no contexto de direitos de propriedade intelectual.

Na sua decisão, o Tribunal definiu os seguintes passos na avaliação das circunstâncias excepcionais:

- A recusa refere-se a um bem (produto ou serviço) que é *indispensável* ao exercício de uma actividade num mercado vizinho
- A recusa *exclui a concorrência efectiva* num mercado vizinho
- A recusa impede o aparecimento de um *novo produto*
- Uma vez verificadas as 3 circunstâncias prévias, a *recusa* por um detentor de posição dominante pode infringir o artigo 102 TFUE a *não* ser que a recusa seja *objectivamente justificada*.

O caso *IMS Health* tornou claro que estes são requisitos cumulativos para aplicar uma licença compulsória.

O caso *Microsoft* é caracterizado por especificidades, quando analisado sob o ponto de vista da relação do direito da concorrência com os direitos de autor ou de forma mais geral com os direitos de propriedade intelectual. A Comissão e o TPI consideraram o caso sob o ponto de vista de desenvolvimento de inovação e

⁶⁷ MOURA E SILVA, Miguel, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, (2008), 373.

introduziram um novo teste, conhecido como o “teste da ponderação de incentivos”, que representa um novo paradigma face à formulação original da teoria das circunstâncias excepcionais.⁶⁸

O caso *Microsoft* modifica a ponderação derivada do caso *IMS* em vários aspectos e um dos mais relevantes é que transforma o requisito que antes era definido como excluir qualquer concorrência em excluir a concorrência efectiva. Permite consequentemente que se aplique uma licença compulsória a um sector onde existe concorrência, embora reduzida.

Esta flexibilização não é livre de perigos, sobretudo de causar danos à finalidade comum entre o direito da concorrência e da propriedade intelectual, que é estimular a inovação na medida em que pode incentivar o uso do direito da concorrência para viabilizar o conceito de imitação, que atingiria irremediavelmente a verdadeira essência da propriedade intelectual.

Outro aspecto fundamental deste caso foi flexibilizar a interpretação do conceito de novo produto como um produto melhor ou um desenvolvimento de uma inovação anterior.

Finalmente, o caso *Microsoft* desenvolveu uma nova metodologia de análise. O TFI afirmou que os 3 primeiros passos são requisitos e o reconhecimento de uma justificação objectiva é um meio de defesa da empresa visada. Deste modo, o Tribunal transferiu a estrutura de aplicação do artigo 101, 3 do TFUE para a aplicação do artigo 102, como já havia feito noutros casos⁶⁹.

Sobre este ponto, Miguel Moura e Silva aponta que “a Comissão adopta um critério que faz o que podemos chamar de um balanço dinâmico”⁷⁰. No entanto, ao contrário da posição defendida acima, entende que o conceito de abuso de posição dominante exclui à partida a possibilidade de justificação com fundamento num balanço de eficiência positivo, referindo que os casos citados pela Comissão se reportam apenas possibilidade de a

⁶⁸ Neste sentido cfr. STRAETEMANS, Anneleen, under the academic supervision of prof. J. Drexler (NYU), *The EU Microsoft Case – Not as Soft as a Case*, jura falconis, jg 44, 2007-2008, nr 4, p. 563-586; ANDERMAN, S., *Does the Microsoft case offer a new paradigm for the exceptional circumstances test and compulsory copyright licenses under EC Competition Law?*, *Competition Law Review*, Vol 1:2, 7-22.

⁶⁹ Caso C-95/04, *British Airways vs European Commission*, (2007) ECR I-2331, parágrafos 69 e 84-91; neste sentido DREXLER, Joseph, *Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Copyright, Competition and Development*, Munich, 2013, p. 123.

⁷⁰ Cfr. idem 68, p. 567, 585, 586.

empresa ter adoptado outro comportamento e portanto à necessidade e justificação objectiva do comportamento adoptado.

O padrão de recusa de licença em Estados Membros da União Europeia

O Regulamento 1/2003 estabelece que os tribunais e autoridades nacionais têm o poder e o dever de aplicar o artigo 102 do TFUE.

Adicionalmente os Estados membros estão autorizados a aplicar o artigo 102 TFUE em conjugação com a lei nacional, e nesse sentido a serem mais intervencionistas que as decisões relevantes dos Tribunais Europeus. A aplicação do artigo 102 em cumulação com a lei nacional é uma possibilidade, mas não uma obrigação. Assim, em Itália por exemplo a lei nacional segue o princípio da exclusividade: desde que o artigo 102 seja aplicável, a lei italiana não se aplica. Na Alemanha, a lei prevê uma aplicação paralela de ambos os regimes nacional e europeu. Em Portugal, a lei 18/2003, de 11 de Junho, consagra o dever de acesso a infra-estruturas essenciais⁷¹.

Em muitos casos em que está em causa uma recusa de licença de um direito de propriedade intelectual, poderão estar reunidos os pressupostos para a aplicação cumulativa da lei nacional e do artigo 102 do TFUE. Os Tribunais Europeus estabeleceram a interpretação de que o artigo 102 se aplica aos monopólios nacionais, com base na premissa de que constituem barreiras à entrada inerentes ao próprio direito nacional que se colocariam à entrada também de competidores de outros Estados Membros na União Europeia.

Existem diversos casos de licença compulsória legislativa, judicial e administrativa nos Estados Membros da União Europeia⁷².

O padrão de recusa de licença nos Estados Unidos

Como economia fortemente baseada na propriedade intelectual que são⁷³, os Estados Unidos da América lidam muito cuidadosamente com o tema da recusa de licença nesse contexto.

⁷¹ Para uma análise detalhada e uma visão crítica do regime legal em Portugal cfr. MOURA E SILVA, idem nota 68, 384-400.

⁷² Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, *Copyright, Competition and Development*, Munich, 2013, p. 126-154.

Curiosamente, a primeira decisão judicial a lançar as bases da teoria das infra-estruturas essenciais é o acórdão *Terminal Railroad Association of St. Louis*. Em 1912 o Supremo Tribunal de Justiça americano decretou a primeira licença compulsória para sancionar uma recusa em contratar e assim por fim ao que entendeu ser uma violação dos artigos 1.º e 2.º do Sherman Act.⁷⁴

Na jurisprudência norte-americana mais recente, existem apenas três decisões judiciais verdadeiramente relevantes sobre este tema: os casos *Aspen Skiing* e *MCI vs. AT&T* nos anos 80 e o recente caso *Trinko* em 2004.

No primeiro caso tratava-se de terminar uma relação de fornecimento antes existente, no segundo caso analisou-se uma questão de acesso à rede de telecomunicações e no terceiro nunca tinha havido qualquer licença. No último caso o Supremo Tribunal não decidiu pela licença compulsória e a decisão sublinha mesmo que a perspectiva de poder vender a preços de monopólio é o que justifica a “assunção de riscos que promovem a inovação e o crescimento”.

O acórdão *Aspen Skiing* centrou-se sobretudo em discutir a existência de uma razão objectiva para a recusa em contratar, baseado no princípio de que uma empresa monopolista não tem um dever geral de cooperar com os seus concorrentes, mas que a recusa de fornecimento, e em particular a interrupção da contratação como sucedeu neste caso, tem de ser analisada à luz de razões comerciais legítimas.

Caso estas razões comerciais legítimas existam, então não há violação do artigo 2 do Sherman Act. De notar que, como salienta o Prof. Miguel Moura e Silva, exemplos de razões comerciais legítimas e atendíveis para a recusa em contratar são não dispor de capacidade disponível para fornecer um concorrente ou o facto de um potencial fornecimento de um concorrente obrigar a investimentos não rentáveis.

Caso estas não existam, a recusa arbitrária, conquanto exclua concorrentes, pode ser tida como uma violação da concorrência prejudicial aos consumidores.

⁷³ Em 2015, o USPTO conferiu mais de 320.000 patentes, um crescimento exponencial quando comparado com as pouco mais de 48.000 em 1963.

⁷⁴ A segunda decisão judicial relevante na afirmação desta teoria é também norte-americana e foi decretada no caso *Associated Press v. US*, 326 U.S. 1 (1945). Para uma análise detalhada ver MOURA E SILVA, obra citada em 68, 337-361.

O Professor Miguel Moura e Silva aponta o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no caso *MCI vs. AT&T* como a primeira decisão judicial a fixar os quatro requisitos para aplicação da teoria das infra-estruturas essenciais, que sintetiza do seguinte modo: “primeiro, tal infra-estrutura seja controlada por um monopolista; segundo, um concorrente seja incapaz de construir uma infra-estrutura da mesma natureza por incapacidade prática ou razoável; terceiro, o acesso seja recusado a um concorrente; e, quarto, que o acesso à infra-estrutura seja exequível.”

O caso *Trinko* é muitas vezes referido como um sucesso tardio da escola de Chicago, com explica o Professor Drexler. Outros autores referem mesmo que esta decisão representa o mito de que todos os mercados são contestáveis⁷⁵.

O Juiz Scalia, nome proeminente desta Escola, decidiu este caso com base na visão de que os monopólios produzem efeitos benéficos de incentivar a inovação e o investimento necessário para alcançá-la, ao permitirem cobrar um preço de monopólio como contrapartida pelo risco acrescido que é assumido pela empresa monopolista. Neste sentido, a Escola de Chicago defende mesmo que as novas entradas no mercado exercem por si efeitos correctivos que dispensam uma intervenção externa. Finalmente, o Juiz Scalia alertou para o dever de ponderar proporcionalmente se os benefícios resultantes de uma restrição à liberdade de contratar justificam o risco de impor uma tal sanção de forçar a contratação e os potenciais efeitos negativos que uma licença compulsória terá no incentivo futuro à inovação.

É frequente observar na doutrina norte-americana um forte espírito crítico em relação à intervenção das instituições europeias em sede de direito de concorrência ao estabelecerem licenças compulsórias que limitam os direitos de propriedade intelectual.

Estas críticas são sobretudo baseadas em receios de diluição dos direitos de propriedade intelectual. Contudo, como já foi notado, na União Europeia as intervenções em sede de licenças compulsórias baseiam-se no modo de exercício dos direitos de propriedade intelectual e não interferem com a sua existência, a qual se dá por garantida conquanto seja essa a posição do direito nacional.

⁷⁵ Jablon, Robert; Hegedus, Marks; Flynn, Sean, Dispelling myths: A real world perspective on *Trinko*, 50 Antitrust Bulletin 590 (Winter 2005)

III. As licenças compulsórias e a sua evolução no direito da União Europeia: as principais decisões do TJUE na área da propriedade intelectual

Teoria das infra-estruturas essenciais

A doutrina da propriedade intelectual, que é principalmente orientada pela criação e preservação de monopólios, nem sempre acomoda a noção de licenciamento compulsório.

Um ponto de colisão que é particular da relação propriedade intelectual-concorrência é a área da teoria das infra-estruturas essenciais, que postula que uma parte que controla um portão de acesso a um determinado mercado deve permitir o acesso a todos os concorrentes mediante condições objectivamente justificáveis.

A teoria das infra-estruturas essenciais no direito da concorrência Europeu foi inicialmente desenvolvida a propósito de casos de recusa em contratar em relação a certas infra-estruturas consideradas essenciais, como matérias-primas, túneis ou portos, e postula que se uma estrutura controlada por uma empresa com uma posição dominante é indispensável para se poder operar num determinado mercado, o acesso a essa infra-estrutura deve ser obrigatório, no interesse de manter e desenvolver a concorrência.

Recusar o acesso uma infra-estrutura essencial pode ser um abuso de posição dominante à luz do artigo 102 TFUE, que postula como um exemplo de abuso “limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores”.

O desenvolvimento desta doutrina pode ser observado em casos antigos, como a decisão *Commercial Solvents*⁷⁶ em que o TJUE decidiu que uma empresa que detém uma posição dominante no mercado de matérias-primas não pode recusar fornecer um concorrente num mercado derivado dessas matérias-primas com o intuito de reservar para si esse mercado derivado, e consequentemente aportando o risco de eliminar toda a concorrência daquele concorrente.

⁷⁶ Analisada por MOURA E SILVA na obra citada em 68, 61 e sgts.

Como diz o Professor Miguel Moura e Silva, esta decisão evoca o conceito de abuso consagrado no acórdão *Continental Can*: “é o resultado que assume papel decisivo na censurabilidade da conduta”⁷⁷ mediante um juízo de proporcionalidade. Ao eliminar a possibilidade de concorrência pelo mérito no mercado subordinado ao das matérias primas, a empresa deve ser censurada na sua conduta de recusa de contratar o fornecimento dessas mesmas matérias-primas porquanto essa recusa serve para reservar para si o mercado subordinado.

Esta teoria foi expandida a operações comerciais em outros mercados, que não eram necessariamente mercados derivados ou subordinados. No caso *Telemarketing*⁷⁸, o TJUE considerou que existe abuso sempre que uma empresa, sem uma necessidade objectiva, reserva para si actividades auxiliares num mercado vizinho mas distinto. Esta decisão preservou a noção de novo mercado, sem contudo a restringir a um mercado derivado.

Como já vimos, a relação do direito de autor com o direito da concorrência Europeu é uma relação delicada a nível estrutural, porquanto o direito de autor assenta nas legislações nacionais e portanto na soberania dos Estados-Membros. Como consequência, no acervo Europeu de casos que lidam com o tema da licença compulsória no contexto dos direitos de propriedade intelectual, o Tribunal sempre distinguiu entre a *existência* de direitos de propriedade intelectual e o seu *exercício*. É apenas sobre o exercício que o Tribunal se tem pronunciado em casos de recusa de licença de propriedade intelectual. Na ausência de harmonização, a competência para determinar a existência do direito de propriedade intelectual é exclusiva das autoridades nacionais.

Por outro lado, devido a esta relação delicada e também à finalidade última dos direitos de propriedade intelectual de estimular a inovação e a diversidade cultural, as decisões dos Tribunais Europeus em casos de recusa de licença de direitos de propriedade intelectual não se regem pela aplicação da teoria das infra-estruturas essenciais.

De facto, as decisões do Tribunal de Justiça professam a *teoria das circunstâncias excepcionais*. Este caminho postula que aplicação da teoria das infra-estruturas

⁷⁷ Obra citada em 68, 312.

⁷⁸ Caso 311/84, *Centre Belges d’Etudes du Marche Telemarketing (CBEM) v CLT SA* (1985) ECR 3261.

essenciais através de uma licença compulsória deve ser ponderada com uma visão de proporcionalidade particular no contexto da propriedade intelectual. Os efeitos de aplicação da licença compulsória devem exceder os efeitos adversos. Mas no contexto da propriedade intelectual os efeitos adversos têm de ser medidos também em termos do impacto potencial no incentivo futuro à inovação e criatividade, e portanto em ambos os mercados primário e secundário.

Em indústrias dinâmicas como as que tipicamente se situam no contexto da propriedade intelectual, que dependem fortemente da inovação, o impacto de impor uma obrigação de licenciar (ainda mais se os termos compensatórios não forem adequados) pode ser um desincentivo à inovação na medida em que a empresa monopolista tem de partilhar os seus direitos exclusivos sempre que o seu objecto seja considerado uma infra-estrutura essencial.

No que respeita à definição da infra-estrutura essencial, é importante notar que se o seu campo de aplicação coincide com o campo de protecção do direito de propriedade intelectual (que por exemplo protege determinado invento através de uma patente), esta definição restritiva levará provavelmente a um caso de abuso objecto de licença compulsória correctiva.

Ora no longo prazo, um dos efeitos potenciais da licença compulsória é a perda de eficiência dinâmica. Esta perda de eficiência dinâmica (que resulta da verdadeira essência dos direitos de propriedade intelectual, em que a concorrência não pode ser baseada na imitação) pode originar perdas maiores para o mercado, e em particular não só para a empresa detentora da infra-estrutura essencial mas também para os seus competidores, sempre e quando abrandar a disponibilização de novos produtos que sirvam melhor as necessidades evolutivas dos consumidores. A nível de bem-estar social, dir-se-ia que é provável que esse abrandar da eficiência dinâmica possa traduzir-se em menos inovação.

Outro aspecto negativo apontado a esta teoria é que ela é de tal forma casuística na sua aplicação que exige uma regulação acrescida, o que pode não se revelar adequado por gerar custos administrativos significativos e incerteza jurídica na falta de direito positivo que a regule.

Esta crítica pode ser menos pertinente em caso de infra-estruturas essenciais tradicionais (como matérias-primas ou portos), porque nesses casos o juízo de

proporcionalidade pode ser feito em termos de custos-benefícios presentes, sem que haja necessidade de avaliar os impactos potenciais a longo prazo que são especificamente relevantes nos contextos de inovação e eficiência dinâmica. Contudo, deve notar-se que no que concerne à propriedade intelectual, faz de facto mais sentido analisar os casos de licença compulsória no contexto do direito da concorrência pela teoria das circunstâncias excepcionais.

Teoria das circunstâncias excepcionais

Esta teoria assenta no postulado de que a existência de um direito de propriedade intelectual por si só não configura uma *posição dominante* e o seu exercício por meio de uma recusa de licença não configura só por si um *abuso* de posição dominante, excepto quando determinadas circunstâncias excepcionais estão reunidas.

Esta teoria assenta no seguinte enunciado para definir quando é que uma recusa de licença é abusiva no contexto da propriedade intelectual:

1. O titular de direitos de propriedade intelectual tem uma posição dominante no mercado, resultante de um poder de mercado considerável, equivalente a um monopólio de facto.
2. Ainda que exista um monopólio de facto, o exercício do direito de propriedade intelectual é *a priori* legítimo, mesmo que permita à empresa que o detém o seu exercício exclusivo, inclusive em mercados subordinados ou mesmo paralelos.
3. A fronteira está na afectação da eficiência dinâmica dos mercados: o exercício através da recusa de licenciar deixa de ser legítimo quando afecta a eficiência dinâmica do mercado, isto é, a eficiência resultante da inovação por substituição e alternativa, em vez da eficiência resultante da duplicação e imitação. A razão *mater* deste limite da perda de eficiência dinâmica é o facto de que com essa perda se afecta o interesse dos consumidores, nomeadamente por lhes coarctar os benefícios do desenvolvimento tecnológico.

Esta teoria é conforme com as finalidades comuns aos dois ramos do direito de estimular a inovação e a eficiência dinâmica. É ainda um incentivo à concorrência pelo mérito.

Embora a teoria se baseie em pontos comuns com a doutrina das infra-estruturas essenciais, ela aporta novos conceitos de avaliação, como o requisito de que a recusa de licença impeça o aparecimento (ainda que potencial) de um produto novo ou a entrada num mercado diferente daquele a que se refere a licença (o qual não tem de ser derivado, basta que seja um mercado relacionado) e a consideração de uma potencial procura.

A evolução da visão do Tribunal de Justiça sobre as circunstâncias excepcionais tornou claro, como diz Byrne⁷⁹, que o Tribunal de Justiça não está disposto a revogar direitos de propriedade intelectual a não ser que exista um ganho de inovação que resulte de uma eventual derrogação.

Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal dá a entender que a complementaridade que exista entre os dois ramos de direitos, direito de autor e direito da concorrência, ao nível das finalidades comuns, não pode ignorar a diferente natureza em que se baseiam. O direito da concorrência é um direito eminentemente Europeu que regula um interesse público vasto, a concorrência efectiva, enquanto o direito de autor é um direito de propriedade privada, de raiz nacional a nível legislativo.

Neste sentido, o Tribunal tem professado a doutrina de que os direitos de propriedade intelectual podem e devem ser limitados no seu exercício se em causa estiver um potencial dano ao interesse público, neste caso ao mercado concorrencial e aos valores elencados no artigo 102 TFUE. Tal como a propriedade material, também a propriedade intelectual não é absoluta. O interesse prosseguido com a protecção da propriedade privada tem de ser equilibrado com outros interesses públicos.⁸⁰ Nesse sentido, na ausência de legislação Europeia que harmonize efectivamente o exercício dos direitos de propriedade intelectual, o direito da concorrência tem servido de regulador a esse exercício a nível europeu.

O teste das circunstâncias excepcionais afirmado em *Magill* foi definido e refinado em *IMS*, enquanto o caso *Microsoft* representa um novo paradigma mais

⁷⁹ BYRNE, D., *Compulsory licensing of IP rights: Has EC competition law reached a clear and rational analysis following the IMS judgment and the Microsoft decision?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice (2007) 2 (5): 324-330.

⁸⁰ Cfr. já citado Drexler.

em linha com os casos iniciais de recusa de fornecimento, como o *Commercial Solvents*.

A actual abordagem da Comissão Europeia confirmada pelo TPI no caso *Microsoft* é apontada por alguns comentadores como um retrocesso ao nível da certeza jurídica,⁸¹ por recuperar largamente a teoria das infra-estruturas essenciais e por descuar a necessidade de ponderar de modo excepcional a situação dos direitos de propriedade intelectual.

Outros autores apontam a decisão da Comissão neste caso como uma decisão que na verdade não regula direitos de propriedade intelectual, mas antes marca os *standards tecnológicos* como um bem público que faz com que a sua partilha prevaleça sobre o exercício dos direitos exclusivos. E nesse sentido, aplaudem a abordagem da Comissão ao introduzir um teste de ponderação ou proporcionalidade para medir o equilíbrio entre os dois interesses a proteger.

É através das decisões do TJUE que percorremos o caminho que nos leva até à actual forma de configurar o tema das licenças compulsórias na União Europeia.

Volvo vs Veng

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 6.4.1995, no Proc. c-238/87

Este caso surge na sequência de uma acção instaurada pela Volvo contra a empresa Erik Veng UK Ltd. por esta proceder à importação e utilização não autorizada de peças de substituição da marca Volvo, na sequência de uma recusa da Volvo em licenciar a Veng.

O TJUE começa por reconhecer que a “fixação das condições e das modalidades da protecção dos desenhos e modelos é regulada pela legislação nacional”⁸². Portanto, ao Tribunal não compete avaliar a existência ou não de um direito de propriedade intelectual devidamente protegido, mas antes observar as suas condições de exercício.

No que respeita ao exercício dos direitos de propriedade intelectual e à sua delicada relação com o direito da concorrência, o Tribunal clarifica que “a

⁸¹ Cfr. KILLICK, J., *IMS and Microsoft judged in the cold light of IMS*, Competition Law Review, 2004; 1:23-47.

⁸² Considerando 7.

faculdade de o titular (...) impedir terceiros de fabricar, bem como de vender ou importar, sem o seu conhecimento, produtos integrantes do modelo industrial constitui a própria essência do seu direito exclusivo.” E prossegue: “impor ao titular do modelo industrial protegido, a obrigação de conceder a terceiros, mesmo com royalties razoáveis a título de compensação, uma licença (...) teria por consequência privar aquele titular de parte essencial do seu direito exclusivo(...) por isso, a recusa de concessão de (...) licença não pode constituir sem mais um abuso de posição dominante.”

O Tribunal pronuncia-se no sentido de que o exercício dos direitos exclusivos que baseiam a componente económica dos direitos de propriedade intelectual não pode, por si só, configurar um abuso de posição dominante. Este reconhecimento é de extraordinária importância para a viabilidade dos modelos de negócios baseados em direitos exclusivos que alicerçam a economia criativa.

Finalmente, o Tribunal pronuncia-se sobre as condições excepcionais em que o exercício de direitos exclusivos traduzido na recusa de licenças pode constituir um abuso de posição dominante. E os comportamentos abusivos descritos na decisão relacionam-se sobretudo com práticas arbitrárias e portanto discriminatórias de recusa de licenças, preços predatórios ou a recusa de fornecimento de peças essenciais, contanto que tais práticas possam afectar o comércio entre os Estados Membros.

Na presença desse elemento adicional⁸³ que é a conduta ser susceptível de prejudicar os consumidores, pela diminuição ou eliminação da oferta de determinados produtos, então a recusa de licença constituiria um abuso por si só. Contudo, o Tribunal entendeu não ser esse o caso e consequentemente não estarem reunidas as circunstâncias excepcionais que implicassem a ilegalidade da recusa em licenciar.

Este caso, relevante para a análise judicial da recusa de licença de direitos de propriedade intelectual, é uma expressão da teoria da complementaridade entre direito de propriedade intelectual e o direito da concorrência: embora a aplicação do segundo no âmbito do primeiro não possa excluir-se, ela não deve ser tal que desrespeite a verdadeira natureza económica da propriedade intelectual traduzida por meio do exercício dos direitos exclusivos, e deve

⁸³ Conclusões Advogado Geral Mischo, p.62.

depende de uma cuidadosa análise do caso concreto e das circunstâncias que o rodeiam.

Magill

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 6.4.1995, nos Proc-241/91 e C-242/91

A editora Magill lançou uma edição semanal com o guia de programação dos canais da BBC, RTE e ITV, que publicavam cada um os seus próprios guias de programação apenas para os seus canais. As televisões processaram a Magill por violação dos seus direitos de autor e obtiveram uma ordem de suspensão da publicação, que foi objecto de uma queixa da Magill à Comissão Europeia baseada na recusa de licença pelas televisões. A Comissão considerou existir abuso de posição dominante e ordenou o licenciamento compulsivo mediante o pagamento de royalties, decisão que foi mantida pelo TFI e mais tarde pelo TJUE. O Tribunal de Justiça começa por estabelecer claramente a aplicação do direito da concorrência aos domínios da propriedade intelectual, em particular do direito de autor: *“a argumentação das recorrentes e da IPO pressupõe erradamente que, quando o comportamento de uma empresa em posição dominante deriva do exercício de um direito qualificado como «direito de autor» pelo direito nacional, este comportamento estaria subtraído a qualquer apreciação à luz do artigo 86.º do Tratado.”* (cons. 48)

Em seguida, e na senda da posição afirmada no caso Volvo, o Tribunal salvaguarda que não se trata de impedir que a essência dos direitos de propriedade intelectual seja tocada, quer porque reconhece que a existência do direito é matéria exclusivamente cometida às jurisdições nacionais (“a fixação das condições e das modalidades de protecção de um direito de propriedade intelectual compete às normas nacionais”), quer na afirmação da legitimidade de exercício dos direitos exclusivos (que inclui necessariamente a possibilidade de recusa de licença).

Em desenvolvimento desse princípio, o Tribunal reconhece que *“no que se refere à posição dominante, deve recordar-se, antes de mais, que o simples facto de ser*

titular de um direito de propriedade intelectual não pode conferir tal posição” (cons. 46).

Adicionalmente, o Tribunal estabelece que o exercício do *“direito exclusivo de reprodução faz parte das prerrogativas do autor, de forma que uma recusa de autorização, mesmo quando proveniente de uma empresa em posição dominante, não pode constituir em si mesma um abuso desta posição.”* (cons. 49)

O Tribunal de Justiça fixa assim que

- a titularidade do direito de propriedade intelectual não pode, *per se*, conferir uma posição dominante (pelo facto de implicar a obtenção de direitos exclusivos).

- o exercício do direito exclusivo através da recusa de licença, mesmo por parte duma empresa em posição dominante, não pode *per se* ser um abuso.

Contudo, e como já havia sido afirmado na decisão do caso Volvo no cons. 9 *“o exercício do direito exclusivo pelo titular pode, em circunstâncias excepcionais, dar lugar a um comportamento abusivo”* (cons. 50 da decisão Magill). O Tribunal evocou assim a teorias das circunstâncias excepcionais.

O Tribunal sublinha depois algumas das circunstâncias que teve em conta para estabelecer a existência de um abuso de posição dominante na recusa de licenciar exercida pelas estações de televisão:

- “não existia, segundo o que foi constatado pelo Tribunal, qualquer substituto real ou potencial” (cons. 52) da informação que era assim indispensável para o produto que a Magill havia criado.

- Por isso, “a recusa das recorrentes de fornecerem as informações em bruto, invocando as disposições nacionais sobre o direito de autor, constitui, assim, um entrave ao lançamento de um produto novo, um guia semanal completo dos programas de televisão, que as recorrentes não ofereciam, e para o qual existia uma procura potencial por parte dos consumidores, o que constitui um abuso nos termos do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea b), do Tratado.” (cons. 54)

- “Esta recusa não era justificada nem pela actividade de radiodifusão televisiva nem pela de edição de revistas de televisão.” (cons 55)

- As recorrentes, pelo seu comportamento, reservaram para si um mercado derivado, o dos guias semanais de televisão, excluindo toda a concorrência neste mercado (v. acórdão de 6 de Março de 1974, Commercial Solvents/Comissão,

6/73 e 7/73, Recueil, p. 223, n.º 25), uma vez que as recorrentes negavam o acesso à informação em bruto, matéria-prima indispensável para criar um tal guia.” (cons. 56)

Esta decisão fixa pela primeira vez o âmbito das circunstâncias excepcionais que podem fundamentar uma licença compulsória de um direito de propriedade intelectual, e fá-lo a título exemplificativo. Dando seguimento às premissas da teoria da complementaridade expressas no caso Volvo, o Tribunal começa por clarificar que as circunstâncias enumeradas estão entre outras que o Tribunal teve em consideração. A formulação do Tribunal sugere que embora estes requisitos sejam os de maior importância neste caso, eles não são exaustivos das circunstâncias (ou do tipo de circunstâncias) que podem fundamentar um abuso de posição dominante em casos de recusa de licença.

Nesta decisão o Tribunal recupera a sua argumentação no caso *Commercial Solvents*, no que se refere ao julgamento da decisão de cessação de fornecimento ter por objectivo facilitar o acesso do fornecedor de matérias-primas ao mercado de produtos derivados e eliminar a concorrência de uma empresa concorrente em particular nesse mercado de produtos derivados, a qual não dispunha de fornecedores alternativos de matéria-prima. Contudo, ao referir-se na decisão Magill a um resultado de excluir “toda a concorrência naquele mercado”, o Tribunal parece abrir portas a um requisito mais exigente do que o estabelecido em *Commercial Solvents*.

De qualquer forma, é preciso ter em conta que uma das matérias complexas com que se deparou a Comissão e mais tarde o TPI neste caso é a definição do mercado relevante. O TPI relevou a questão de existir uma procura específica de guias de TV semanais, na sequência da distinção que firmou entre dois mercados: o do guia semanal abrangendo a programação de todos os canais e o da programação individualmente colocada à disposição por cada uma das televisões apenas para os seus canais.

Como nota o Professor Miguel Moura e Silva, “a análise da posição dominante pressupõe a consideração de um mercado de produto mais amplo, nomeadamente, a existência de produtores e distribuidores de produtos substitutos e a respectiva dimensão”. Neste caso, o novo guia constitui um novo produto e portanto um mercado distinto e derivado do mercado das listas de informação sobre

programas de cada estação televisiva, uma conclusão a que chega o Tribunal com base na fraca permutabilidade entre ambos.⁸⁴

Um outro aspecto digno de nota é o acolhimento, tanto pela Comissão como pelo Tribunal, da necessidade de proporcionalidade no exercício do direito de autor para que, quando expresso em recusa de licença, este não configure um abuso de posição dominante. Neste sentido, o considerando 69 da decisão do TPI proclama que *“só as restrições à livre concorrência ou à livre circulação de mercadorias ou dos serviços inerentes à protecção da própria substância do direito de propriedade intelectual são admitidas em direito comunitário”*.

Bronner

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26.11.1998, no Proc. 7/97

A Bronner interpôs uma acção contra a Mediaprint para obter acesso à rede de distribuição domiciliária de jornais estabelecida por esta última para as suas duas publicações, as quais dispunham de uma posição dominante no mercado, ao invés da edição de pequena circulação da Bronner. A Bronner pretendia ultrapassar a resposta negativa da Mediaprint a um pedido de licenciamento para acesso à referida rede de distribuição mediante o pagamento de royalties.

Este é um caso muito relevante porque nele o Tribunal de Justiça “veio por fim a qualquer veleidade de instituir por via pretoriana um amplo dever de conceder acesso a infra-estruturas essenciais” como aponta o Professor Miguel Moura e Silva.⁸⁵

O Tribunal começa por destacar a importância da definição adequada do mercado relevante com base no conceito de substituíbilidade para aferir da posição dominante da Mediaprint:

“No que toca à delimitação do mercado em causa no processo principal, incumbirá, portanto, ao tribunal a quo verificar, designadamente, se os sistemas de distribuição domiciliária constituem um mercado distinto ou se outros modos de distribuição de jornais diários, como a venda nas lojas e quiosques ou a distribuição por via postal, são com estes suficientemente substituíveis a fim de

⁸⁴ Cfr. obra citada em 68, pag. 327. Cfr. cons. 62 Ac. TPI Magill.

⁸⁵ Cfr. obra citada em 68, pag. 372.

também serem tomados em conta. O tribunal deverá ainda considerar, na apreciação da posição dominante, tal como a Comissão sublinhou, a eventual existência de sistemas regionais de distribuição domiciliária. Caso, na sequência dessa análise, o tribunal a quo conclua pela existência de um mercado distinto constituído pelos sistemas de distribuição domiciliária e pela existência de um insuficiente grau de substituíbilidade entre o sistema da Mediaprint, que existe à escala nacional, e outros sistemas regionais, será necessariamente levado a concluir que a Mediaprint que, (...) explora o único sistema de distribuição domiciliária que existe à escala nacional na Áustria se encontra na situação de monopólio de facto no mercado assim definido e, portanto, nele detém uma posição dominante.” (cons. 35)

De seguida, o Tribunal pronuncia-se sobre a questão do abuso dizendo que o facto de a empresa que tem uma posição dominante recusar o acesso ou fornecimento de um produto ou serviço a um concorrente num mercado secundário é um comportamento abusivo conquanto a recusa “*em causa era de natureza a eliminar toda e qualquer concorrência por parte dessa empresa*” (cons. 38).

O Tribunal destaca a análise feita em Magill quanto ao critério da indispensabilidade do produto ou serviço sob cujo fornecimento recai a recusa: “*está (...) assente que outros modos de distribuição (...), mesmo admitindo que são menos vantajosos (...) existem e são utilizados* (cons 42).”

O Tribunal afirma claramente que para preencher o requisito da indispensabilidade não basta “invocar que não é economicamente rentável” (cons 45) criar uma alternativa.

Por isso, o Tribunal afasta-se de uma análise redutora, baseada unicamente nas condições do requerente de acesso, e defende a necessidade de uma apreciação das condições abstractas do mercado para definir a substituíbilidade, como critério para aferir a indispensabilidade. E nesse sentido dá razão ao Advogado Geral Jacobs na sua posição de que para aferir a indispensabilidade é preciso analisar se “*não é economicamente rentável criar um segundo sistema de distribuição (...) para a distribuição de jornais diários com uma tiragem comparável à dos jornais diários distribuídos pelo sistema existente*”. Implícita está uma ideia de proporcionalidade que tem de subjazer a esta avaliação. Por outras

palavras, o que importa não é saber se o concorrente da Mediaprint encontra rentável implementar um sistema alternativo, mas se tal seria possível para uma distribuição comparável àquela que é promovida pelo monopolista Mediaprint, isto é, se seria rentável replicar num caso concreto similar.

O Tribunal recusou por isso aplicar a teoria do acesso a infra-estruturas essenciais a este caso como justificação para um abuso de posição dominante por parte da Mediaprint, com base no facto de não estar verificado o primeiro requisito fixado em *Magill*.

É também interessante notar que neste caso o Tribunal revê as condições fixadas em *Magill* da seguinte forma (cons 40):

“No acórdão Magill, o Tribunal de Justiça considerou que estas circunstâncias excepcionais eram constituídas pelo facto de a recusa em litígio dizer respeito a um produto (a informação sobre os programas semanais de certas cadeias de televisão) cujo fornecimento era indispensável para o exercício da actividade em causa (a edição de um guia geral de televisão), no sentido de que, sem esse fornecimento, a pessoa que pretendesse oferecer semelhante guia se encontrava na impossibilidade de o editar e de o oferecer no mercado (n.º 53), que essa recusa constituía um entrave ao lançamento de um produto novo, para o qual existia uma procura potencial por parte dos consumidores (n.º 54), que não se justificava por considerações objectivas (n.º 55) e que era de natureza a excluir qualquer concorrência no mercado derivado.”

O requisito que *Magill* fixou como recusa não justificada transformou-se em recusa não justificada por *considerações objectivas*.

Finalmente, *Bronner* adicionou um elemento de probabilidade ao teste ao considerar suficiente a existência de uma *procura potencial* por parte dos consumidores.⁸⁶

A importância deste caso está também na afirmação de um paradigma mais exigente, que deriva do elenco de condições estabelecidas em *Magill* serem apresentadas como cumulativas.

Autores como Turney⁸⁷ afirmam que até esta decisão era possível considerar o caso *Magill* como uma expansão do conceito de recusa de licença arbitrária e não

⁸⁶ Cfr. já citado BYRNE.

propriamente como um caso que fixou condições cumulativas para aferir do abuso de posição dominante em casos de recusa de licença de um direito de propriedade intelectual. Mesmo o TFI declarou na sua decisão em *Ladbroke*⁸⁸ que os requisitos enumerados em *Magill* eram um mero exemplo de uma lista não exaustiva, em vez de uma lista de requisitos cumulativos. A decisão *Bronner* veio confirmar o contrário e nesse sentido adoptar uma formulação concreta da teoria das circunstâncias excepcionais.

IMS Health

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 29.04.2004, no Proc. C-418/01

Este caso trouxe um significativo avanço ao trabalho judicial de definição das circunstâncias excepcionais em que uma recusa de licença de um direito de propriedade intelectual pode constituir um abuso de posição dominante.

O caso refere-se a um *software* usado pela empresa IMS para analisar as vendas de produtos farmacêuticos no mercado alemão, que apresentava estudos de vendas por área geográfica, anonimizando as farmácias clientes que forneciam esses dados. O sistema foi desenvolvido em colaboração com as empresas farmacêuticas que eram clientes e receptores da informação e com o tempo tornou-se de facto um standard da indústria.

Quando uma nova empresa, a PII, tentou entrar no mercado de acompanhamento das vendas nos sectores dos produtos farmacêuticos e dos cuidados de saúde e concorrer com a IMS, descobriu que os clientes consideravam o sistema da IMS como uma referência e estavam relutantes em utilizar um sistema alternativo. Mesmo assim, e face a uma recusa de licença da IMS, a PII decidiu construir um sistema semelhante ao da IMS, sendo que esta última processou a PII por violação de direitos de autor. O Tribunal Alemão deferiu a injunção que suspendeu a produção e utilização do sistema da PII, que entretanto foi comprada pela NDC.

⁸⁷ Turney, J., *Defining the limits of the EU essential facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The primacy of Securing optimal Innovation*, North Western Journal of Technology and Intellectual property, 2005, vol 3, pag 187.

⁸⁸ Caso T504/93, Tierce Lardroke SA v Commission (1997) 5 CMLR 309; ECR II-923, cons. 115.

A NDC apresentou uma queixa à Comissão Europeia acusando a IMS de abuso de posição dominante. A Comissão decidiu⁸⁹ ordenar à IMS que concedesse uma licença compulsória à NDC por considerar estarem reunidas circunstâncias excepcionais conducentes a um exercício abusivo da recusa de licenciar um direito de propriedade intelectual.

Simultaneamente, o caso prosseguia nos Tribunais Alemães, que o referiram ao Tribunal de Justiça.

Nesta decisão, o Tribunal de Justiça elenca os requisitos estabelecidos em Magill como necessários e cumulativos: *“Resulta desta jurisprudência que, para que a recusa de uma empresa titular de um direito de autor de permitir o acesso a um produto ou a um serviço indispensável para exercer uma determinada actividade possa ser qualificada de abusiva, basta que estejam preenchidas três condições cumulativas, a saber, que essa recusa obste à aparição de um novo produto para o qual existe uma potencial procura por parte dos consumidores, que ela careça de justificação e que seja susceptível de excluir toda a concorrência no mercado derivado.”* (cons. 38)

Em relação ao último requisito, o Tribunal discute a sua interpretação, que admite ser controversa, e fá-lo recordando o caso *Bronner*, no que toca à necessidade de identificar adequadamente o mercado relevante.

O Tribunal dá razão à posição do Advogado Geral de que *“basta que um mercado potencial ou mesmo hipotético possa ser identificado. Assim sucede quando os produtos ou serviços sejam indispensáveis para exercer uma determinada actividade e que exista, para estes, uma procura efectiva pelas empresas que decidem exercer a actividade para a qual aqueles são indispensáveis.”* (cons. 44) E prossegue dizendo que *“Segue-se que é determinante que possam ser identificados dois estádios de produção diferentes, ligados pelo facto de o produto a montante ser um elemento indispensável para o fornecimento do produto a jusante”* (cons. 45), alertando para a necessidade de *“averiguar se a recusa da IMS de concessão de uma licença de exploração da estrutura em causa é susceptível de excluir toda a concorrência no mercado de fornecimento de dados relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos na Alemanha.”* (cons. 47)

⁸⁹ Decisão da Comissão 2002/165 EC.

No que respeita ao requisito de aparição de um produto novo, “como afirmou o advogado-geral no n.º 62 das suas conclusões, esta condição resulta da consideração de que, na ponderação do interesse relativo à protecção do direito de propriedade intelectual e à liberdade de iniciativa económica do titular deste, por um lado, e o interesse relativo à protecção da livre concorrência, por outro, este último só pode sobrepor-se no caso de a recusa de concessão de uma licença impedir o desenvolvimento do mercado derivado em prejuízo dos consumidores.”

“Por conseguinte, a recusa de uma empresa em posição dominante de permitir o acesso a um produto protegido por um direito de propriedade intelectual, quando este produto seja indispensável para actuar num mercado derivado, só pode ser considerada abusiva no caso de a empresa que pede a licença não pretender limitar-se, essencialmente, a reproduzir produtos ou serviços que já são oferecidos no mercado derivado pelo titular do direito de propriedade intelectual, antes tendo a intenção de oferecer produtos ou serviços novos que o titular não oferece e para os quais exista uma procura potencial por parte dos consumidores.” (cons. 48)

Finalmente, o Tribunal conclui que a recusa de licença constitui um abuso de posição dominante na acepção do artigo 102 quando estiverem reunidas as seguintes condições:

“- empresa que detém uma posição dominante e que é titular de um direito de propriedade intelectual sobre uma estrutura modular indispensável para a apresentação de dados relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos num Estado-Membro

- a empresa que pede a licença tem a intenção de oferecer, no mercado de fornecimento de dados em causa, produtos ou serviços novos que o titular do direito de propriedade intelectual não oferece e para os quais existe uma procura potencial por parte dos consumidores;

- a recusa não é justificada por considerações objectivas;

- a recusa é susceptível de reservar ao titular do direito de propriedade intelectual o mercado do fornecimento dos dados relativos às vendas de produtos farmacêuticos no Estado-Membro em causa, excluindo toda a concorrência neste.”

(cons. 52)

O caso *IMS* é considerado por autores como Killick⁹⁰ como clarificando as condições legais de aplicação de uma licença compulsória a um direito de propriedade intelectual.

Contudo, a decisão não é isenta de críticas pela forma como interpreta os 4 requisitos já afirmados em jurisprudência anterior, e que agora são classificados como sendo cumulativos.

Por exemplo, os conceitos de “intenção de oferecer um produto novo” ou “procura potencial” parecem sugerir que não há de facto uma exigência de que o produto novo venha a surgir ou de que a procura efectiva seja avaliada, nem de se fixarem metodologias para avaliar estes critérios. Neste sentido, como reconhecia a jurisprudência americana do caso *Aspen Skiing*, seria necessária uma fiscalização de que as autoridades de supervisão não podem dispor. Este é um dos pontos delicados de risco para a erosão dos direitos de propriedade intelectual, caso na realidade o produto novo que venha a surgir seja apenas uma duplicação do produto já existente. Nesse caso, dir-se-ia mesmo que uma tal decisão por parte do direito da concorrência atentaria contra os objectivos que partilha com o direito de autor, de promover a inovação e reforçar a eficiência dinâmica.

Como aponta Byrne, um outro ponto em que a decisão se deixa guiar por testes potenciais é a avaliação do impacto na concorrência: a formulação de o comportamento ser susceptível de excluir a concorrência no mercado também permite valorizar os efeitos potenciais da recusa e não apenas os seus efeitos reais no momento em que a licença é solicitada.

A decisão *IMS* também gerou fortes críticas nos Estados Unidos, sobretudo porque para uma parte da doutrina o caso em apreço deveria ser julgado exclusivamente no campo do direito de autor, à luz do teste de *fair use* como excepção geral ao exercício de direitos exclusivos, e não objecto de uma decisão de direito da concorrência. Esta posição⁹¹ demonstra claramente uma fronteira

⁹⁰ Killick J. *IMS and Microsoft judged in the Cold Light of IMS*, *The competition Law Review*, 2004; vol I, pags 23-47

⁹¹ REICHENBERGER, M., *The Role of Compulsory Licensing in Unilateral Refusals to Deal: Have the United States and European Approaches Grown Further Apart After IMS?*, *The Journal of Corporation Law*, 2006, 549-566, chega mesmo a recomendar aos Tribunais Americanos que vejam a licença compulsória como um instrumento de último recurso e prossigam com uma linha

marcada para a actuação do direito da concorrência e leva a crer que nos Estados Unidos este caso não podia ter sido analisado sob uma perspectiva de licença compulsória como remédio para um abuso de posição dominante.

Autores como Gitter⁹²advogam a necessidade de clarificação legislativa, que deverá ser guiada por um escrutínio de que os benefícios para a concorrência no curto prazo que resultam de conceder a um concorrente o acesso a uma infra-estrutura excedem os impactos negativos a longo prazo que derivam do desincentivo a investir e inovar.

Também na Europa a decisão da Comissão em IMS gerou controvérsia, mas noutro sentido. Joseph Drexl⁹³ escreve que a decisão do TJUE, tal como a decisão dos Tribunais Americanos em *Trinko*, assenta sobre uma abordagem económica contraditória ao nível de fundamentação económica dominante em outros campos de aplicação do direito da concorrência.

O Professor Drexl afirma que o Tribunal de Justiça aplicou um juízo económico adequado quando avaliou, à luz da teoria *leveraging*, se a recusa de licença permitia ao titular de posição dominante no mercado primário alavancar a sua posição no mercado secundário, mas que ao mesmo tempo não aplicou qualquer racional económico quando definiu as circunstâncias excepcionais como critério para aplicar o artigo 102 TFUE. Este autor justifica a primeira conclusão com o facto de a decisão no caso IMS seguir a doutrina de *Magill* reformulada pelo Advogado Geral Tizzano de que apenas é necessário que exista um segundo mercado hipotético ou potencial, desde que a indispensabilidade do fornecimento e o critério da procura nesse hipotético mercado se verifiquem, e isto é uma lógica económica, segundo Drexl, adequada. Exigir o contrário, isto é que a empresa em posição dominante já tivesse essa posição dominante em ambos os mercados ou ainda que estivesse presente em ambos, seria permitir às empresas em posição dominante que através das suas decisões comerciais controlassem a aplicação do direito da concorrência.

conservadora de aplicação da teoria das infra-estruturas essenciais a casos de propriedade intelectual.

⁹² Gitter, Donna, *The Conflict in the European Community between Competition law and Intellectual Property Rights: a Call for Legislative Clarification of the Essential Facilities Doctrine*, 40 AM. BUS. L.J. 217, 299 (2003).

⁹³ Drexl, Joseph, *IMS Health and Trinko – antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases*, International Review of Intellectual Property Law, IIC 2004, 35 (7), 788-808.

O professor Drexel sustenta a segunda conclusão nas declarações do Tribunal que seguem a posição do Advogado Geral Tizzano e introduzem um teste de proporcionalidade, ao estabelecer o requisito de novo produto como hipotético e ao mesmo tempo declarar ser esse hipotético novo produto ou serviço o barómetro para avaliar se os benefícios da protecção da propriedade intelectual no longo prazo excedem os resultantes da aplicação imediata do direito da concorrência através de uma licença compulsória. Mas este teste de proporcionalidade não é levado a cabo com base na teoria económica; ele é antes ancorado na consideração vaga de existência de benefícios para o consumidor que se presume derivarem do aparecimento hipotético de um novo produto.

O professor Drexel considera esta referência surpreendente no contexto de IMS, uma vez que não há qualquer interacção dos consumidores com o sistema em causa, nem nenhum benefício directo para estes. E vai mais longe ao dizer que promover os interesses dos consumidores deve ser um objectivo do direito da concorrência, mas tem de ser conceptualizado e traduzido em função dos contornos económicos do mercado quando aplicado no âmbito desse mesmo direito da concorrência.

O professor Drexel propõe que esta avaliação económica seja feita à luz dos conceitos de eficiência dinâmica e alocativa como objectivos de avaliação necessária, admitindo as licenças compulsórias sempre que a recusa de licença não permitir atingir esses mesmos objectivos. Ele propõe a substituição do requisito de produto novo (cujo benefício para os consumidores em IMS é no mínimo duvidoso) por um requisito de eficiência dinâmica e alocativa.

Finalmente, o Professor Drexel expressa a opinião de que a aplicação do artigo 102 do TFUE deve ser possível sempre que as condições de mercado específicas excluam a concorrência por substituição devido a uma recusa de licença, e mesmo que o concorrente não ofereça um novo produto aos consumidores. Esta posição é, defende, a única que pode garantir um papel ao direito da concorrência na função de controlar intuítos expansionistas do direito da propriedade intelectual.

O professor Miguel Moura e Silva nota a especificidade deste caso traduzida no facto de ser uma recusa de acesso a um produto que não está no mercado e que nesses casos “o acesso tem de ser imposto injuntivamente por superior

imperativo de ordem pública económica traduzido na tutela da concorrência mediante a garantia de que a mesma não é inteiramente suprimida em detrimento dos consumidores”. Sobre a articulação entre o direito da concorrência e a propriedade intelectual através da obrigação de licenciar, o Professor Moura e Silva nota que a decisão expressa um critério de ponderação, “de acordo com o qual o interesse da protecção da livre concorrência só pode prevalecer sobre o interesse na protecção da propriedade intelectual e à liberdade de iniciativa económica do titular de direitos dessa natureza, caso a recusa opere contra o interesse dos consumidores, impedindo o desenvolvimento do mercado derivado.” ⁹⁴

Microsoft⁹⁵

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 17.09.2007, no Proc. T-201/04

A Microsoft tem uma posição dominante no mercado dos sistemas operativos para clientes de PCs, baseada numa quota de mercado superior a 90% para as várias versões do Windows. Esse mercado apresenta significativas barreiras à entrada causadas por efeitos de rede directos ou indirectos. A posição dominante do Windows está de tal modo estabelecida que se tornou um *standard da indústria*.

De acordo com as conclusões da Comissão Europeia na sua decisão de 2004⁹⁶, a Microsoft abusou da sua posição dominante para entrar e adquirir uma posição de mercado no mercado relacionado dos servidores. Devido à superior compatibilidade entre o Windows e o programa de operação de servidores da Microsoft, os consumidores começaram a preferir a Microsoft também nos servidores.

A empresa concorrente Sun, que em 1998 despoletou as investigações com uma denúncia à Comissão Europeia, alegava ainda que no passado a interoperabilidade tinha sido muito maior, e que entretanto a Microsoft deixara de partilhar informação que é essencial para essa interoperabilidade.

⁹⁴ Cfr. obra citada na nota 68, pag. 382.

⁹⁵ Cfr. obra citada na nota 68, 554 sgts.

⁹⁶ COMMISSION DECISION of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)

A Comissão acabou por decidir a favor de uma licença compulsória, em que a Microsoft era não só obrigada a dar acesso à informação de interoperabilidade aos concorrentes interessados (e não apenas à Sun), como também a permitir a utilização dessa informação pelos concorrentes nos seus produtos em termos “razoáveis e não discriminatórios”.

Esta decisão, que valeu ainda à Microsoft coimas no valor de 497 milhões de Euros e o apontar pela Comissão de uma missão de vigilância ao cumprimento do acordo por um curador encarregue de mediar conflitos sobre o acesso à informação (processo que se aplica não apenas à Sun, mas a qualquer outro concorrente em posição similar) mereceu a atenção de diversos comentadores.⁹⁷ Não deixa de ser importante notar que este é um caso de recusa em continuar a fornecer o nível de interoperabilidade antes fornecido com o software dominante no mercado primário e que foi graças a um nível mais elevado de interoperabilidade fornecido no passado que a Microsoft alcançou uma posição dominante também no mercado derivado. Nesse sentido, caso a Microsoft tivesse operado sempre num modelo proprietário de exclusividade total, sem oferecer interoperabilidade aos concorrentes, é possível que a decisão tivesse sido diferente?

A decisão da Comissão neste caso é vista por alguma doutrina como uma aplicação da tese das infra-estruturas essenciais. Byrne admite essa possibilidade devido ao facto de que neste caso a Comissão não considerou o facto de que a licença compulsória não iria originar um produto novo como um factor impeditivo para ordenar a referida licença.

Para o equilíbrio da relação do direito de autor com o direito da concorrência, que como vimos é delicado, a Decisão da Comissão⁹⁸ (mais tarde confirmada pelo TFI) pode ser vista como um retrocesso. De facto, a teoria das circunstâncias excepcionais foi uma resposta adequada e tenaz das autoridades Europeias para contornarem a teoria da inerência e afirmarem plenamente a aplicabilidade do direito da concorrência aos monopólios naturais resultantes dos direitos de propriedade intelectual. Como esta aplicação não é isenta de riscos para as políticas públicas e para a soberania dos Estados-Membros sobre a propriedade,

⁹⁷ Para uma análise da detalhada do caso na doutrina nacional, v. MOURA E SILVA obra citada em 68, págs. 485 e sgts.

⁹⁸ Decisão da Comissão de 24.03.2004, Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), C(2004) 900 final.

há um entendimento tácito de que o direito da concorrência não pode colocar em risco o prêmio para a inovação que resulta dos direitos exclusivos que alicerçam a propriedade intelectual pelo que não pode questionar a existência do direito caso esta seja admitida pela legislação dos Estados-Membros.

No mesmo sentido, alguns comentadores como Byrne ou Andreman entendem que o requisito do produto novo é uma importante expressão do facto de a existência do direito ser intocável, já que se exige que não esteja em causa uma mera imitação para considerar a atribuição de uma licença compulsória.

Ora na Decisão da Comissão no caso Microsoft não se exige que a requerente Sun ofereça um produto novo. Ao contrário, é reconhecido que o que se pretende é encorajar um mercado que já existe e regista concorrência.

A este respeito, a decisão justifica-se com o facto de que presumidamente os concorrentes da Microsoft não estão a ser encorajados a desenvolver novos produtos para os consumidores por estarem encerrados no standard Windows. Ora o standard Windows é simultaneamente reconhecido com um *standard de indústria*. De certo modo, para um direito de propriedade intelectual, alcançar o patamar de *standard de indústria* é também uma forma de recuperar e recompensar o investimento em inovação.

Adicionalmente, a Comissão analisa os potenciais incentivos para a Microsoft em inovar, e conclui que a Microsoft teria mais incentivos caso tivesse mais concorrência no mercado dos produtos derivados. Aqui também é preciso ponderação: se bem que se pode presumir um aumento da concorrência em termos hipotéticos, também se pode questionar se, do ponto de vista da inovação, o facto de existir uma licença compulsória que não vai permitir a abertura de um novo mercado ou o aparecimento de um novo produto não pode constituir um desincentivo ao investimento em investigação e desenvolvimento que alicerça a propriedade intelectual da *Microsoft*.

Essa questão tinha sido respondida antes na decisão *IMS* com o TPI a rejeitar a tese defendida pela Comissão de que a sua avaliação para estabelecer uma licença compulsória pudesse dispensar a análise do aparecimento de um produto novo para o qual existe uma procura potencial. Nessa altura, o TPI rejeitou com base na jurisprudência do TJUE que se pudesse aplicar a teoria das infra-

estruturas essenciais em vez da ponderação de circunstâncias excepcionais sob as orientações de critérios anteriormente relevados por decisão judicial.

Esta decisão da Comissão no caso *Microsoft* mereceu muitas críticas: Ridyard⁹⁹ analisa esta decisão da Comissão como uma decisão baseada na teoria das infra-estruturas “convenientes”; Byrne afirma que contribui para um novo nível de incerteza; Turney diz que esta análise verdadeiramente casuística traz incerteza aos agentes de mercado e não contribui para assegurar a coerência de um regime de concorrência.

Um dos proeminentes críticos da decisão *Microsoft* é Killick, que a aponta como menos exigente do que os parâmetros fixados pelo TJUE e, como tal, potencialmente desencorajadora da inovação por introduzir uma obrigação de partilhar standards de interoperabilidade e nesse sentido de permitir situações de *free-riding* imperativo. Adicionalmente, Killick destaca que a decisão da Comissão em *Microsoft* é de tal modo distante da jurisprudência anterior em *Magill* e *IMS* que introduz um elevado grau de incerteza jurídica susceptível de influenciar negativamente a política de risco das empresas no que respeita a investimentos em I&D. As críticas de Killick centram-se sobretudo na ausência de um grau de exigência na finalidade da licença compulsória com a desconsideração da necessidade de a inovação se materializar como consequência eminente e potencial da licença, mas não efectiva.

Também Reinmann¹⁰⁰ critica o que considera ser um exercício de *free-style* por parte da Comissão em avaliar a existência de justificação objectiva para a recusa. Este autor aponta que a Decisão da Comissão pode ser vista como um instrumento de aplicação da teoria das infra-estruturas essenciais e nesse sentido como uma opção política e dogmática de encarar a interoperabilidade como uma infra-estrutura essencial. Reinmann defende que devem existir limites a essa avaliação política através de racionais económicos que previnam um impacto negativo no investimento em I&D. Nesse sentido, a amortização completa dos investimentos feitos no standard de interoperabilidade em causa e o facto de a obrigação de licenciar poder ser um condicionante do investimento *a priori* caso fosse conhecida pelo titular de direitos de propriedade intelectual

⁹⁹ RIDYARD, D. *Compulsory Access under EC Competition Law*, ECLR 669, 2004.

¹⁰⁰ REINMANN, C., *Essential function v. Essential facility: defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft*, Competition Law Review, vol. I:2, 49 e sgts.

antes de incorrer no referido investimento devem ser, segundo este autor, aspectos considerados na avaliação da existência de justificação objectiva para a recusa.

O professor Heinemann¹⁰¹ defende que caso as reflexões do Tribunal de Justiça no caso *IMS* tivessem sido aplicadas ao caso *Microsoft*, a decisão da Comissão teria sido necessariamente diferente, visto que seria necessário demonstrar que existia uma limitação da produção ou do desenvolvimento técnico que não foi cabalmente demonstrada pela Comissão. E afirma ainda que, em sua opinião, o julgamento *IMS* não está correcto por acumular o teste de limitar a produção com o teste de alavancar a sua posição noutro mercado.

Na sua visão, é uma tendência geral das empresas com posições dominantes, ainda mais marcado naquelas que se situam no sector da propriedade intelectual, pretender obter uma posição em mercados vizinhos. Mas é sempre defensável que, pelo menos com o mesmo investimento, seria teoricamente possível a um concorrente desenvolver um produto preferido pelos consumidores apenas ao ponto de se manter no mercado (como de facto acontecia com a Sun e outras empresas no mercado de servidores). Nesse caso já não se verificaria a condição do teste de limitação da produção, pelo que a recusa de licença não poderia ser abusiva.

Na visão deste autor, esta exigência particular do caso *IMS* ultrapassa o que o Tribunal de Justiça estabeleceu com os casos *Commercial Solvents* e *Telemarketing*, em que o abuso poderia resultar da alavancagem da posição da empresa detentora de posição dominante em mercados secundários, ao derivar da sua posição dominante no mercado primário e não dos méritos da concorrência, a sua posição no mercado secundário.

O professor Miguel Moura e Silva nota como “o ponto mais inovador da decisão” da Comissão Europeia a análise da proporcionalidade da licença compulsória. Como afirma Drexler, a moderna teoria da complementaridade deve assentar sobre os pressupostos da eficiência dinâmica ou evolutiva.

¹⁰¹ Heinemann, Andreas, *Compulsory licenses and product integration in European Competition Law – assesment of the European Commission’s Microsoft decision*, 2005, *International Review of Intellectual property and Competition Law*, IIC 2005, 36(1), 63-82

Neste sentido, autores como Moura e Silva apontam a nova visão dogmática, que ressalta desta ponderação custo-benefício como um caminho alternativo na análise da existência de razões objectivas da recusa.

Anderman¹⁰² refere que o teste da ausência de justificação foi conduzido pela Comissão como um exercício de ponderação e equilíbrio. A análise resultou na conclusão de que os potenciais impactos negativos de desincentivo à inovação são excedidos pelos impactos positivos do nível da inovação da indústria como um todo (incluindo mas não limitada à Microsoft). A Comissão considerou que fechar os consumidores num mercado de soluções homogéneas da Microsoft não é compatível com o artigo 102 do Tratado.

De notar que esta visão de inovação que a Comissão professou é uma visão sobretudo política, retomada na Directiva Computer Software¹⁰³. E também reflecte o equilíbrio alcançado com base nas compatibilidades entre direito de autor e direito da concorrência, sem perder de vista o enquadramento político e legal de ambos: enquanto o direito da concorrência se transformou num forte direito Europeu, com um nível de harmonização legislativa efectiva, e é encarado como um direito público na sua missão, os direitos de propriedade intelectual são claramente direitos de propriedade privada alicerçados exclusivamente em legislação nacional, não obstante as linhas mestras da protecção serem providas em Convenções e Tratados Internacionais administrados pela OMPI e em Directivas Comunitárias. É nesta hierarquia que se baseia o TPI ao validar as conclusões da Comissão quanto ao facto de os efeitos de exclusividade dos direitos de propriedade intelectual não poderem impedir a aplicação do direito da concorrência.

A Microsoft levantou a questão dos limites do potencial impacto do seu comportamento com respeito à eliminação da concorrência ao invocar a decisão do TJUE no caso *IMS*. Nesta decisão o Tribunal refere-se a eliminar toda a concorrência. No caso *Microsoft*, o TPI afirma que a diferença entre a formulação de *IMS* e a forma como a Comissão descreve este requisito no caso *Microsoft* é uma questão semântica, e que a jurisprudência pode designar com expressões

¹⁰² ANDERMAN, S., *Does the Microsoft case offer a new paradigm for the exceptional circumstances test and compulsory copyright licenses under EC Competition Law?*, Competition Law Review, Vol 1:2, 7-22.

¹⁰³ Directiva 2009/24/EC.

distintas o mesmo traçar de limites: a concorrência pode e deve actuar antes de a concorrência deixar de existir ou quase.

O Tribunal afirma mesmo explicitamente no considerando 563 da sua decisão que para aplicar o artigo 102 não é necessário eliminar toda a concorrência do mercado: é necessário apenas que a recusa crie o risco de eliminar toda a *concorrência efectiva*, o que ilustra com o caso de aos concorrentes apenas ser permitido o acesso a nichos de mercado.

A revisão da Comissão de que a recusa da Microsoft impede a concorrência por mérito é subscrita pelo Tribunal quando afirma que a recusa da Microsoft implica uma desvantagem para os concorrentes que os impede de competir em concorrência efectiva e que prejudica os consumidores. Não é preciso, diz o Tribunal, que a recusa previna o aparecimento de um novo produto, o facto de prevenir o desenvolvimento técnico de soluções e sistemas novos é por si só um prejuízo para o consumidores.

Esta carta de legitimação à Comissão tem um eminente significado político, porquanto deixa discricionariedade suficiente para aplicar em função do caso concreto e da visão que existe sobre o estado da arte e o potencial de eficiência dinâmica ou evolutiva de uma determinada indústria. Neste sentido, é também uma manifestação do reconhecimento de que o equilíbrio entre direitos de propriedade intelectual e direito da concorrência não pode nem deve ignorar as bases de ambos os ramos de direito, o primeiro de natureza nacional e privada e o segundo de raiz Europeia e pública.

O caso Microsoft traz um novo paradigma¹⁰⁴ ao teste das circunstâncias excepcionais que difere do que o TJUE afirmou na decisão *Magil* e desenvolveu em *IMS*. Este paradigma é baseado na ideia do direito da concorrência como regulador do exercício dos direitos de propriedade intelectual a nível Europeu, cuja acção é guiada pelo princípio de que os direitos de propriedade intelectual são uma protecção para a concorrência no mercado de bens intangíveis e não uma ferramenta de prevenção da concorrência. Os direitos de propriedade intelectual são um ramo do direito que depende de um sistema de concorrência eficiente, de modo a estimular a inovação inerente à protecção que é concedida.

¹⁰⁴ Cfr. já citado ANDERMAN.

TERCEIRA PARTE

As licenças compulsórias e o direito de autor: o dilema da territorialidade e do mercado único digital

A intersecção entre o direito de autor e o direito da concorrência Europeu nos modelos de negócios digitais

Observando os pontos de intersecção entre o direito de autor e o direito da concorrência Europeu, concluimos até agora que

- Esta intersecção é feita actualmente com base na teoria da complementaridade, permitindo ao direito da concorrência regular, e *in extremis* limitar, o exercício do direito de autor e dos direitos exclusivos que alicerçam a sua componente económica.
- Embora o direito da concorrência possa limitar o exercício do direito de autor, nomeadamente através da imposição de licenças compulsórias, ele não pode ingerir-se em matérias relativas à existência do direito de autor devido à inexistência de um regime jurídico de harmonização comunitária que regule o direito de autor no espaço Europeu.
- A regulação dos modos de exercício do direito de autor através do direito da concorrência Europeu deve ser orientada pelas finalidades comuns destes dois ramos do direito, a saber, promover o bem estar dos consumidores e a eficiente alocação de recursos (eficiência alocativa), mas também a inovação e a respectiva exploração económica (eficiência dinâmica).
- No campo do direito de autor, em particular nas indústrias culturais e criativas que incluem o sector de media e entretenimento, a inovação deve ser considerada em sentido amplo, para incluir também o conceito fluído da diversidade cultural, um interesse público reconhecido no espaço Europeu.
- Portanto, o conceito de eficiência dinâmica neste contexto das indústrias protegidas pelo direito de autor centra-se no aumento do bem estar dos consumidores com base no aumento da oferta pela substituição, pela criação de novos bens culturais.
- A análise económica que precede a aplicação do direito da concorrência aos modos de exercício do direito de autor, em particular aqueles que implicam uma

limitação, deve ser guiada pela eficiência dinâmica, presente e potencial, baseada no conceito de aumento de produção não pela imitação mas pela substituição.

- Uma das formas de limitação mais radicais que o direito da concorrência pode aplicar nos contextos de exercício do direito de autor são as licenças compulsórias.

- No campo do direito da concorrência, os casos de licença compulsória têm sido sobretudo focados em casos de propriedade intelectual em sentido amplo (incluindo as patentes), com significativa incidência em situações que envolvem *standards de indústria* e interoperabilidade.

- Ainda que estes casos estejam sob a alçada de protecção do direito de autor (que também protege a produção de software), a finalidade a buscar pelo direito da concorrência ao limitar o exercício dos direitos exclusivos deve ser considerada através de uma leitura do conceito de inovação no contexto da indústria de tecnologia, ancorada em standards objectivos como o desenvolvimento de software e o estado da interoperabilidade entre sistemas.

- Nas indústrias culturais e criativas, e em particular no sector de media, o conceito de inovação deve incluir a diversidade cultural. A diversidade cultural é um conceito fluído, que se relaciona com a existência de oferta para diversos públicos, e não é orientado pelos critérios dominantes nas indústrias de produção de bens de consumo comuns. De facto, enquanto para estas últimas o objectivo está em produzir e colocar no mercado de oferta o maior número de unidades possível pelo menor custo possível, nas indústrias criativas esta não é a única lógica subjacente ao sector da produção. Os produtos e serviços culturais são valorizados por razões sociais e culturais que complementam e transcendem uma valorização puramente económica.

- Nesse sentido, enquanto os mercados da distribuição digital no sector dos media se aproximam do objectivo das indústrias dos bens de consumo comuns (e.g. plataformas de *streaming* cujo modelo de negócio é baseado no *bundling* de um volume significativo de conteúdos culturais e informativos), o mesmo não sucede com os mercados de produção, em particular no espaço Europeu.

- Ao nível da produção de conteúdos criativos no mercado Europeu, a política Europeia reconhece e estimula a produção criativa nacional de cada Estado

Membro. Uma manifestação desta filosofia são os programas de apoio à produção disponíveis no âmbito da Europa Criativa.¹⁰⁵

- Os apoios à produção cultural nacional não se baseiam na lógica pura de audiências. Um exemplo pode ser encontrado nos sistemas de financiamento público nacional para a produção de filmes e outras obras audiovisuais. Os sistemas nacionais de financiamento suportam a produção de obras para benefício das audiências nacionais e não com vista a uma hipotética audiência internacional.

- Assim, para decidir se uma licença compulsória deve ou não ser aplicada ao exercício de direitos de autor no contexto das indústrias de media e entretenimento, é preciso observar os potenciais efeitos que essa licença terá na eficiência dinâmica das respectivas indústrias de produção e distribuição e também nas finalidades comuns a ambos os ramos de direito da concorrência e direito de autor: aumento do bem estar dos consumidores e a diversidade cultural incluída no conceito de inovação.

Com a análise que se segue pretende-se demonstrar como a aplicação de regimes de licenças compulsórias, quer através de decisões administrativas e judiciais, quer através de decisões políticas expressas em legislação, deve ser precedida de uma avaliação cuidadosa da medida em que um tal instrumento permite alcançar as finalidades acima descritas.

Defende-se por isso a necessidade de uma análise prévia para aferir se estão reunidas as circunstâncias excepcionais fixadas pela jurisprudência comunitária como requisitos para a introdução de limitações ao exercício dos direitos de autor. Esta análise prévia deve ser aplicada não apenas em sede de decisões administrativas e judiciais (incluindo nas que aplicam o direito da concorrência), mas também para nortear a acção política e legislativa.

Esta análise deve ser orientada pelos valores da promoção do bem estar dos consumidores e pelo aumento da inovação inclusiva da diversidade cultural. Para alcançar estas finalidades, é necessário avaliar o impacto das medidas restritivas dos direitos exclusivos não apenas sob o prisma da distribuição dos conteúdos culturais e informativos, mas sobretudo aferir o impacto na produção criativa.

¹⁰⁵ http://eacea.ec.europa.eu/creative-europe_en.

Partindo deste princípio, faz sentido também em sede política considerar que os modelos de negócio aplicáveis à distribuição e produção de conteúdos de media são inter-dependentes e que certas características dos modos de exercício dos direitos exclusivos que titulam a distribuição dos produtos e serviços culturais e informativos – como as restrições territoriais - são na verdade inerentes e condição *sine qua non* da sua produção.

Como a era digital influenciou o contexto político europeu¹⁰⁶

Actualmente é possível aceder a milhões de conteúdos de media na internet. Através dos mais variados modelos de negócios: dos usos ilegais aos usos legais, dos usos legais pagos pelos consumidores aos gratuitos, passando por modelos híbridos em que os consumidores não pagam mas os anunciantes sim.

Há três décadas atrás, o público Europeu via filmes no cinema e nos canais de televisão nacionais.

Há duas décadas, a retransmissão por cabo e por satélite permitiu ao público de cada país aceder a canais de televisão e conteúdos de outros países.

Há menos de uma geração que a internet passou a permitir o acesso a todo o tipo de filmes, músicas, fotografia, literatura, informação, através dos mais variados modelos de negócio, baseados em modos de distribuição diversos. Retransmissão, *webcasting*, *pay per view*, vídeo *on demand* são alguns dos modelos de negócios disponibilizados pelas plataformas de vídeo online, detidas por televisões, distribuidores de serviços de telecomunicações e distribuidores de serviços de media. A maioria dos serviços são oferecidos a nível territorial e sujeitos a diferentes condições. A curadoria de conteúdos, necessariamente feita em função das audiências, também é diferente de território para território.

Os novos modos de distribuição de conteúdos criativos na internet abriram várias questões práticas e metodológicas no seio do direito de autor, e como já notámos assistiu-se a uma blindagem da protecção dos direitos exclusivos a nível legislativo e jurisprudencial.

¹⁰⁶ Sobre este capítulo crf. QUINTAIS, J.P e GUIBAULT, L., *Copyright, Technology and the exploitation of audiovisual Works in the EU*, European audiovisual Observatory, France, 2014. MAZZIOTI, G., *Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?*, European Intellectual property Review, 2016, 38(6), 365-376.

O tema da abolição da territorialidade e da implementação de um mercado único digital Europeu tem sido recorrente em discussões políticas, sobretudo movido pela agenda da Comissão Europeia. Após a Comunicação “Conteúdos no mercado único digital” publicada em Dezembro de 2012, que consolida a visão da Comissão de que é necessário abordar os obstáculos ao comércio pan-europeu de conteúdos culturais e informativos, seguiu-se o diálogo com a indústria através da iniciativa *Licenses For Europe*. Esta iniciativa, liderada pelas Comissárias Neelie Kroes (Agenda Digital) e Androula Vassiliou (Cultura) e pelo Comissário Michel Barnier (Mercado Interno), terminou com a aprovação de planos de acção para concretizar dez objectivos chave, todos focados no aumento do acesso a obras culturais no contexto online europeu e na eliminação de barreiras territoriais no acesso aos serviços e produtos culturais no espaço Europeu.

Como já referimos, a Comissão lançou novas ofensivas contra a territorialidade no âmbito da Estratégia para o Mercado Único Digital, incluindo a investigação no âmbito da DG Concorrência aos modelos de negócio de distribuição de obras audiovisuais e um regulamento para adopção da portabilidade de serviços online no mercado digital europeu.

A Comunicação “Uma Estratégia para o Mercado Único Digital” elege como um dos principais objectivos assegurar aos consumidores e negócios europeus melhor acesso a serviços e produtos digitais no mercado Europeu. A Comissão expressa a sua opinião de que continuam a existir barreiras ao acesso a nível europeu e à portabilidade de serviços, em particular os que se baseiam em obras audiovisuais. A conclusão é que estas barreiras são motivadas por restrições contratuais entre titulares de direitos e distribuidores e pela estrutura de licenciamento de direitos, embora a Comissão também reconheça o importante papel das licenças territoriais no financiamento de produções audiovisuais europeias.

Apesar de a Comissão Europeia agir no sentido de remover a territorialidade, o Parlamento Europeu afirmou recentemente na resolução não-legislativa que publicou em 2015 o seu apoio à estrutura de negócio característica do exercício de direitos exclusivos no mercado Europeu, relevante para assegurar a produção de conteúdos culturais e informativos, em particular de obras audiovisuais. O

conhecido Relatório Reda, aprovado em Julho de 2015, convida a Comissão a propor as reformas necessárias a garantir o acesso no mercado europeu a serviços online de conteúdos de media, mas ao mesmo tempo alerta para a necessidade de as reformas serem baseadas em evidência sólida e coordenadas com soluções de mercado. Neste sentido, o Parlamento sublinha que a obtenção de financiamento para a produção e co-produção de obras audiovisuais europeias depende em larga medida das licenças exclusivas territoriais concedidas aos distribuidores e às televisões, e que a liberdade contratual de escolher as plataformas e territórios de licenciamento encoraja o investimento em produções europeias e promove a diversidade cultural a nível dos Estados Membros.

O cenário político e legislativo parece encaminhar-se no sentido de incutir uma licença compulsória pan-europeia por via legislativa ou jurisprudencial. Este caminho, que tem de ser estabelecido por legislação porque não é voluntariamente adoptado no mercado da distribuição devido às implicações que acarreta para a produção, evidencia de certo modo a artificialidade da acção da Comissão ao tentar criar por decreto o mercado único digital Europeu no contexto das indústrias criativas e em particular do sector de media.

A necessidade da territorialidade para que o modelo de produção europeu possa funcionar é intrínseca: as audiências europeias são ainda audiências nacionais em muitos contextos, como o audiovisual. Uma vez que as produções audiovisuais são financiadas com a pré-venda de direitos exclusivos territoriais, em função do território nacional ou num contexto multi-país no caso das regiões linguísticas, impedir este modelo de licenciamento asfixia a capacidade de financiamento da produção audiovisual europeia.

Alterar um modelo de negócio de forma artificial e sem evidência económica dos seus efeitos potenciais no mercado da produção são as principais críticas à estratégia que a Comissão tem tentado seguir desde as primeiras Comunicações sobre licenciamento multi-territorial da música até à recente Comunicação do Mercado Único Digital. Um dos passos importantes do processo político promovido pela Comissão foi a consulta pública que decorreu entre Dezembro de 2013 e Março de 2014 sobre a revisão das regras aplicáveis ao direito de autor a nível europeu, que cobriu um importante elenco de questões, incluindo a

da territorialidade no mercado interno. Na base da consulta esteve o facto de as plataformas de disponibilização online de conteúdos necessitarem de um conjunto de licenças emitidas em diversos Estados Membros para disponibilizarem obras (em particular audiovisuais) no território da União Europeia. Embora reconhecendo que licenças multi-territoriais estão disponíveis, a Comissão pretendia auscultar os interessados sobre a necessidade de medidas adicionais ao diálogo no âmbito da iniciativa *Licenses for Europe* e à então recente Directiva CRM.

A consulta obteve mais de 9500 respostas. No que respeita à territorialidade, os consumidores e utilizadores responderam que há falta de transparência nas condições de acesso a serviços de media a partir de diferentes países e sobre as restrições territoriais expressaram o seu desejo em poder aceder a todos os conteúdos e serviços de media a partir de qualquer Estado Membro, independentemente do seu país de residência.

Autores, artistas e uma parte significativa das televisões responderam que não há obstáculos à negociação de licenças multi-territoriais de obras audiovisuais e insistiram na importância de manter a exclusividade territorial nas licenças aos distribuidores como uma das questões vitais à manutenção do financiamento da produção audiovisual europeia. Os produtores audiovisuais adicionaram que não há um verdadeiro interesse do mercado por produções de outros Estados Membros, a não ser quando se tratam de regiões linguísticas caso em que licenças multi-país estão disponíveis mediante o estabelecimento de condições contratuais e remuneratórias adequadas.

As sociedades de gestão alertaram para o perigo de aos utilizadores não serem oferecidas obras nacionais se a eliminação da territorialidade impactar, como é previsível, a sua produção.

Os prestadores de serviços de internet argumentaram com falta de transparência sobre quem detém os direitos sobre certas obras e com a obrigação contratual imposta pelos titulares de direitos para que os prestadores de serviços bloqueiem o acesso a partir de outros territórios.

As plataformas de serviços audiovisuais argumentaram que embora o interesse em licenças multi-territoriais no mercado europeu seja limitado às regiões linguísticas, é necessário simplificar o processo de obtenção de licenças.

Para aferir o equilíbrio entre a liberdade contratual dos titulares de direitos (incluindo o modelo territorial de licenciamento para financiar a produção de obras audiovisuais) e os objectivos do mercado único digital é preciso avaliar qual o bem público que deve ser protegido por ambos.

A Europa não é um continente com uma identidade cultural única e transversal, mas antes o conjunto das diversidades culturais e linguística existentes nos Estados Membros. Estudos como o da IHS¹⁰⁷ para a OMPI demonstram que as preferências do público em relação a serviços audiovisuais são fortemente orientadas para a produção nacional e local. Na génese, o modelo de licenciamento territorial, que é proeminente na estrutura de financiamento da produção de obras audiovisuais, tem por base as preferências do mercado e, portanto, as estruturas de licenciamento são ou nacionais ou definidas por áreas linguísticas. Os distribuidores dessas áreas territoriais financiam a produção em função das preferências dos seus clientes. Por isso, de que servirá adquirir direitos em função de uma base Europeia se o seu aproveitamento económico não se fará em mais que 2 ou 3 países? O facto de muitas obras audiovisuais europeias não terem apelo internacional faz com que a territorialidade do seu modelo de licenciamento seja mais do que uma preferência da indústria; ela é antes uma necessidade estrutural para manter o mercado da produção Europeu e, naturalmente, os diversos mercados de distribuição.

Nesse sentido, é defensável analisar se a protecção e o apoio da produção cultural nacional, que não tem apelo internacional suficiente para atrair investidores estrangeiros, justificam uma excepção às regras de concorrência aplicáveis à proibição de cláusulas como as da territorialidade. Por outras palavras, é defensável avaliar se estão reunidas as condições para activar as cláusulas de excepção contidas nos artigos 101, 3 do TFUE e 20, 2 da Directiva de Serviços e considerar que qualquer restrição à concorrência que pudesse resultar de tais cláusulas é justificada por um interesse público superior. Ou se existe uma justificação objectiva para a recusa de licença no caso do artigo 102.

¹⁰⁷ Current market and Technology Trends in the broadcasting sector, IHS Technology for WIPO SCCR, 2015.

Um estudo publicado em Março de 2014, conduzido por Charles River Associates para a DG Internal Market¹⁰⁸, concluiu que as críticas à territorialidade no modelo de licenciamento de obras audiovisuais e os apelos à intervenção legislativa para a eliminar são baseados numa fundamentação superficial. O estudo evidencia a existência de múltiplos custos de transacção caso seja implementada por via legislativa uma licença compulsória pan-europeia baseada no princípio do país de origem da comunicação inicial da obra audiovisual. Os custos de transacção apontados impactam sobretudo a protecção contra os usos ilegais (e.g. dificuldade em obter a aplicação coerciva de direitos, selecção pelos infractores de regimes jurídicos mais favoráveis para alojar servidores ilegais), incerteza jurídica (e.g. obrigar a excepções ao âmbito territorial da licença de direitos devido a pedidos de vendas passivas por consumidores residentes em Estados não licenciados a plataformas de distribuição sediadas em Estados Membros licenciados), incentivo à retirada de mandatos e acordos de representação recíproca devido a incertezas sobre o regime jurídico aplicável, impactando os consumidores com uma menor oferta legal. Neste estudo também se conclui que legislar em função de determinadas tecnologias e modelos de negócio acarreta riscos de desactualização rápida da moldura legal.

O Observatório Europeu do Audiovisual, estabelecido no âmbito do Conselho da Europa, publicou em 2015 um estudo¹⁰⁹ sobre o impacto da territorialidade no financiamento de obras audiovisuais, em que explica o modo de financiamento da produção de obras audiovisuais europeias e os condicionamentos derivados desse modelo para a disponibilidade de direitos para conceder licenças multi-territoriais com diversos casos de estudo que evidenciam o impacto negativo na produção cultural europeia que resultaria da eliminação da territorialidade. Neste estudo, apontam-se também as virtudes das excepções culturais dos Tratados OMC, GATS e NAFTA, que permitem a não aplicação do princípio do tratamento da nação mais favorecida em contextos como o das obras audiovisuais, assim se harmonizando com os sistemas de apoio público europeus para a produção de obras audiovisuais ou o regime de quotas para exibição

¹⁰⁸ *Economic analysis of the territoriality of the making available right in the EU*, Charles River Associates para a DG Markt da Comissão Europeia, Março de 2014.

¹⁰⁹ *Territoriality and its impact on the financing of audiovisual works*, BLAZQUEZ, F. inter alia para European Audiovisual Observatory, 2015.

televisiva de obras audiovisuais independentes e europeias introduzido nos Estados Membros a partir da Directiva AVMS.

Em Maio de 2016, a Oxera e a Oliver & Ohlbaum¹¹⁰ apresentaram um estudo preparado para a indústria audiovisual que estima as perdas para os consumidores resultantes da proibição da territorialidade e da consequente asfixia do mercado de produção audiovisual europeu em menos 48% de conteúdo televisivo original disponível por ano, impactando sobretudo os Estados Membros com menor rendimento per capita. O estudo evidencia que a remoção desta ferramenta de financiamento terá um impacto efectivo em desincentivar o investimento em produção audiovisual nacional.

A questão da territorialidade na jurisprudência do TJUE

Em 1971 o TJUE decidiu no caso *Deutsche Gramophone*¹¹¹ que “seria repugnante ao propósito essencial do Tratado, que é o de unir os mercados nacionais num mercado único” permitir aos titulares de direitos a proibição do comércio de obras protegidas num Estado Membro após estas terem sido introduzidas no mercado de outro Estado Membro pelo titular de direitos ou com o seu consentimento. Instituiu-se assim o princípio de exaustão comunitária de direitos, como forma de resolver o conflito entre a protecção nacional do direito de autor e o princípio da livre circulação de mercadorias na era pré-digital.

Em *Coditel vs Cine Vog Films*¹¹² o TJUE considerou que esta formulação do princípio da exaustão comunitária apenas se aplica às explorações físicas de direitos de autor e não às explorações intangíveis. Esta decisão foi proferida a propósito de um caso de retransmissão, em que se considerou que um filme transmitido num canal de televisão da Alemanha não pode ser retransmitido na Bélgica sem autorização dos titulares de direitos e que o facto de uma transmissão inicial ter ocorrido na Alemanha não esgota o direito de distribuição da obra a nível comunitário.

Esta visão foi mais tarde adoptada legislativamente na Directiva InfoSoc que clarificou que o princípio da exaustão comunitária apenas se aplica ao direito de

¹¹⁰ *The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers*, Oxera & O&O, 2016.

¹¹¹ Caso 70/78 *Deutsche Gramophon v. Metro SB*.

¹¹² Caso 262/81.

distribuição em sentido estrito, através de objectos físicos¹¹³. E num movimento paralelo de conceder um regime especial aos modelos de negócio baseados em tecnologias de distribuição digital, a União Europeia consagrou na sua legislação o direito de colocação à disposição, uma extensão do direito de comunicação pública, que foi adoptado para implementar o artigo 8.º do Tratado OMPI de 1996.

Em 2004, o caso *Lagardere* afirmou plenamente a territorialidade da protecção concedida ao direito de autor a nível dos territórios nacionais dos Estados-Membros.

Ainda em 2004 a associação de consumidores britânica *Which?* apresentou queixa às autoridades de concorrência britânicas, que referiram o caso à Comissão, contra os preços diferenciados praticados pelas lojas da *iTunes* nos Estados-Membros e pelo preço mais elevado apresentado no Reino Unido. Questionaram ainda o facto de a aquisição de serviços em lojas de outros Estados-Membros estar limitada aos residentes nestes Estados-Membros.

Em 2008 a Comissão arquivou o caso, concluindo que as actividades das empresas de produção e edição de música e das sociedades de gestão colectiva condicionam a capacidade da Apple de oferecer uma loja acessível a qualquer consumidor localizado na União Europeia, embora tenha admitido que veria com bons olhos uma prática tendente a igualizar as condições de acesso. A Comissão considerou que as práticas de licenciamento a montante e a jusante do *iTunes* condicionam este modelo de negócio e que tal é justificação bastante para afastar uma violação ao direito da concorrência resultante da restrição territorial das suas lojas.

Stothers¹¹⁴ aponta uma alternativa interessante para justificar a decisão da Comissão: apesar de a Directiva Serviços¹¹⁵ impor no seu artigo 20 a proibição de imposição de condições discriminatórias aos consumidores da União Europeia em função da sua nacionalidade ou local de residência, o artigo 2, 2 g)

¹¹³ Em sentido diferente, a decisão do TJUE no caso *UsedSoft*, devido a uma contradição resultante de uma provisão contrária da Directiva Software.

¹¹⁴ STOTHERS, C., *Copyright and the Ec treaty: music, films and football*, EIPR, 2009, 31(5), 272-282.

¹¹⁵ Directiva 2006/123/EC (Serviços).

da mesma Directiva isenta os serviços audiovisuais. Este autor defende que a *iTunes* podia estar ao abrigo dessa excepção.

Em contraste com as conclusões da Comissão neste caso, estão as decisões do TJUE nos casos *Premier League e Murphy*, que já atrás aflorámos. Estas decisões revisitaram a territorialidade afirmada nos casos *Coditel e Lagardere*.

O primeiro foi separado em 3 acções e envolve processos de danos por infracção ao direito de autor e posse de descodificadores não autorizados. O segundo processo foi movido contra Mrs. Murphy, proprietária de um *pub*, por exhibir publicamente jogos de futebol através de um descodificador não autorizado. Em ambos os casos estava em causa uma violação territorial dos direitos de autor, através do uso não autorizado de descodificadores adquiridos na Grécia e com direitos de retransmissão licenciados restritos a este país, e que foram vendidos e utilizados no Reino Unido.

Na decisão *Premier League* o TJUE adoptou importantes posições, que parecem desconsiderar o contexto específico da indústria audiovisual, que antes havia sido considerado pela Comissão como suficiente justificação objectiva de uma eventual restrição à concorrência:

“O artigo 56.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que:

– se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que torna ilícita a importação, a venda e a utilização nesse Estado de dispositivos de descodificação estrangeiros que permitem o acesso a um serviço codificado de radiodifusão por satélite proveniente de outro Estado-Membro e que inclui objectos protegidos pela legislação desse primeiro Estado;

– esta conclusão não é infirmada pela circunstância de o dispositivo de descodificação estrangeiro ter sido obtido ou activado mediante a indicação de uma identidade e de uma morada falsas, com a intenção de contornar a restrição territorial em causa, nem pela circunstância de esse dispositivo ser utilizado para fins comerciais, apesar de ter sido destinado a uma utilização de carácter privado.”

Neste ponto, como diz Stothers, o TJUE devia ter feito referência à Directiva do Acesso Condicional¹¹⁶, que permite justificar certas restrições de acesso em função da manutenção da segurança do comércio e distribuição on line, incluindo

¹¹⁶ Para uma visão sobre a implementação nos vários Estados Membros da União Europeia: http://ec.europa.eu/internal_market/media/elecpl/natimpl/index-table_en.htm

através do combate à pirataria. Contudo, pode ser argumentado que esta Directiva apenas se oporia à venda de descodificadores piratas, mas não à venda de descodificadores legítimos em territórios não autorizados.

Por outro lado, o Tribunal também ignorou o fundamento das condições contratuais que os titulares de direitos sobre os conteúdos impõem aos seus distribuidores, através de acordos de licença cujo âmbito territorial é eminentemente nacional em razão não apenas dos modos de distribuição, mas sobretudo das necessidades da indústria de produção, condicionadas a suportar os elevados custos fixos e custos afundados da produção. Neste sentido, a conclusão: *“As cláusulas de um contrato de licença exclusiva celebrado entre o titular dos direitos de propriedade intelectual e um organismo de radiodifusão constituem uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º TFUE, uma vez que proíbem a esse organismo o fornecimento de dispositivos de descodificação que permitam o acesso aos objectos protegidos desse titular com vista à sua utilização fora do território abrangido pelo contrato de licença.”*

Esta conclusão tem de ser interpretada com cautela. Ela não deverá em qualquer caso impedir uma valorização dos direitos numa base territorial, de acordo com o valor dos conteúdos a licenciar em cada mercado. Isto quer dizer que se o distribuidor de conteúdos não está disposto a pagar para oferecer os seus serviços em Estados Membros outros que não o objecto de licença (e onde tipicamente exerce a sua actividade de distribuição), não pode ao titular de direitos ser imposta uma licença compulsória pan Europeia na ausência desse pagamento. Neste caso tratava-se sobretudo de analisar se a entidade que licencia a utilização de uma determinada obra audiovisual pode impedir os consumidores de um território não licenciado de adquirirem cartões de acesso a serviços de satélite que lhes permitiam acesso à televisão nacional grega no território do Reino Unido através de um serviço de retransmissão por satélite.

É defensável uma posição de que esta conclusão no caso *Premier League* apenas foi adoptada pelo TJUE porque nos conteúdos desportivos não se colocam as mesmas considerações linguísticas e de impacto na produção que se aplicam às obras audiovisuais protegidas pelo direito de autor, em que tais restrições

seriam consideradas objectivamente justificadas¹¹⁷.

O TJUE tem sido também chamado a pronunciar-se em casos em que a tecnologia põe em causa a aplicação das molduras legais estabelecidas. No *Caso ITV vs. TV Catch Up*¹¹⁸, o TJUE decidiu que, apesar de não se poder falar tecnicamente em retransmissão, a TV Catch Up necessita obter uma autorização para a comunicação pública das emissões dos canais da ITV, visto que ao assegurar e melhorar a recepção dessa emissão não está apenas a proceder a um mero acto técnico mas sim à exploração de direitos exclusivos. Esta decisão é vista como uma abordagem económica por parte do TJUE à interpretação dos direitos exclusivos.

As recentes decisões do TJUE em casos de utilização de obras protegidas pelo direito de autor no contexto digital (e.g. Google News, Svensson ou Meltwater) evidenciam que as molduras legais construídas na Directiva InfoSoc enfrentam hoje significativos desafios em virtude da rápida evolução tecnológica e das múltiplas formas de distribuição de conteúdos de media. As decisões do TJUE têm tido por denominador comum a averiguação da utilização económica dos direitos de autor por agentes de mercado não autorizados. Alguma doutrina¹¹⁹ defende por isso que utilizações que não sejam proibidas pelo direito de autor devido à desactualização da moldura legal comunitária resultante da evolução tecnológica sempre podem ser questionadas pelo direito da concorrência, por se tratarem de formas de concorrência desleal.

O contexto jus-concorrencial do sector de media

A definição de mercado é em primeiro lugar uma ferramenta analítica para identificar de uma forma sistemática as restrições competitivas enfrentadas por uma dada empresa. O propósito de definir o mercado relevante é identificar os produtos ou serviços cujos fornecedores são capazes de exercer pressões de concorrência efectiva entre si e dessa forma capazes de condicionar o comportamento uns dos outros.

¹¹⁷ Neste sentido já citado STOTHERS; cfr. também ANDERMAN.

¹¹⁸ Decisão do TJUE no Caso C-617/11, 07.03.2013.

¹¹⁹ Neste sentido cfr. HEKER, H., *The Publisher in the electronic age: caught in the area of conflict of copyright and competition law*, EIPR, 1995, 17(2).

A definição de mercado não é alheia às finalidades que com ela se pretende prosseguir¹²⁰. Já antes sublinhámos que da intersecção entre o direito da concorrência e o direito de autor resulta que a acção do primeiro nos domínios do segundo deve visar o aumento de eficiência dinâmica e ultrapassar o conceito de preço como única manifestação do mercado concorrencial. De facto, a clássica definição de “concorrência perfeita” (preços a diminuir em direcção ao custo marginal de produção com as empresas concorrentes a continuarem a obter ganhos normais) não é adequada a servir de guia único à aplicação do direito da concorrência no sector dos media, isto é, nos domínios económicos em que a protecção pelo direito de autor intervém.

O direito da concorrência, ao actuar no exercício do direito de autor, deve orientar-se também por preservar a inovação e a diversidade cultural como interesses públicos. Estas finalidades delimitam o escopo político de actuação do direito da concorrência como um instrumento para modelar o equilíbrio da concorrência nos mercados do sector dos media, onde faz sentido buscar uma definição de mercado económica e não meramente anti-concorrencial.

A abordagem teórica professada pela Comissão Europeia na Comunicação sobre Mercados Relevantes¹²¹ baseia-se no teste do monopolista hipotético. O teste postula que o mercado relevante é definido quando uma empresa que detém uma posição de monopolista hipotético sobre os produtos incluídos num determinado mercado pode aumentar os seus lucros pela imposição de um pequeno mas significativo e não transitório aumento dos preços. Se o monopolista hipotético puder aumentar os seus preços de forma rentável, então o mercado relevante está definido, uma vez que a concorrência exterior não exerce uma influência restritiva do seu comportamento. Por outro lado, se os preços de outros produtos similares efectivamente restringem os termos da oferta do monopolista hipotético, então o mercado relevante deve ser definido de forma mais ampla. O cerne da avaliação para saber se o aumento de preço é rentável ou não é a estimativa das restrições exercidas pela substituíbilidade do lado da oferta e da procura.

¹²⁰ Cfr. estudo citado em 33.

¹²¹ Comunicação da Comissão de 9 de Dezembro de 1997 -97/C 372/03.

Por outras palavras, o teste do monopolista hipotético pretende recolher evidência sobre a substituíbilidade do lado da procura e da oferta numa única moldura de modo a definir o mercado relevante.

Na Comunicação a Comissão define o mercado relevante de produto como “todos os produtos ou serviços que são reconhecidos como intercambiáveis ou substituíveis pelo consumidor, em razão das suas características, do preço e da utilização pretendida pelos consumidores.”

No caso do sector dos media, a definição de mercado apresenta problemas metodológicos que derivam sobretudo do carácter fortemente inovativo destas indústrias. No relatório que a Europe Economics produziu para a Comissão sobre a definição do mercado relevante no sector dos media são identificados 4 problemas: as similaridades ou diferenças entre produtos, ou aspectos relacionados como a convergência tecnológica, não devem ser relevados como elementos condicionantes da definição de mercado; o valor dos precedentes é rapidamente erodido e raramente um modelo encontrado é transferível entre casos; a concorrência nos negócios de media ocorre em dimensões outras que a do preço; para obter uma definição de mercado robusta é preciso considerar vários mercados potenciais em conexão com a questão concreta a analisar ao nível da concorrência.

Neste relatório propõem-se 3 passos fundamentais para a definição de mercado:

- Definir com precisão os produtos potencialmente relevantes para o caso, com base na análise de fases de produção e numa clara explicação da relação de comércio implicada por cada produto. Para tanto, é preciso individualizar os produtos não em termos da respectiva actividade de produção ou dos modos de consumo, mas sim em função das relações de troca ou comércio (quer mediante uma determinada compensação económica ou não) que estes geram.
- Avaliar a substituíbilidade entre produtos e aplicar o teste do monopolista hipotético com base em considerações não apenas quantitativas, mas também comportamentais, como as preferências dos consumidores nesse mercado ou em mercados vizinhos. Isto permite ultrapassar as limitações e ambiguidades resultantes de aplicar o teste do monopolista hipotético ao mercado dos media, com todas as características que este tem e que desaconselham tal abordagem rígida.

- Utilizar outras fontes de evidência para confirmar as hipóteses obtidas através do passo precedente. Entre as fontes de evidência a considerar em termos metodológicos estão a utilização adequada de presunções sobre as preferências dos consumidores, incluindo através de estudos de mercado.

No relatório que a Europe Economics preparou para a Comissão defende-se que a definição de mercado é um passo prévio necessário a qualquer investigação no domínio da concorrência e deve ser orientado pelas características do sector em que se situa. A referência deve ser por isso baseada no comércio e na troca dos produtos e não feita em relação aos agentes de mercado que conduzem determinadas actividades.

Particularidades da definição de mercado no contexto dos media são

- a necessidade de definir mercados mesmo quando não há comércio ou troca expressa de certos produtos. Isto sucede muito frequentemente no *bundling* de conteúdos, que pode ser avaliado sob a perspectiva de saber se a recusa de fornecer certos produtos considerados *must-have* de forma individual é ou não um abuso.

- O facto de que o mercado relevante pode estar a um nível diferente na cadeia de distribuição – as cadeias de produção no sector dos media são estruturas complexas caracterizadas por um elevado grau de interdependência pelo que muitos dos potenciais efeitos anti-competitivos podem resultar da alavancagem dentro e ao longo da cadeia de produção. Por isso, se existirem suspeitas de distorção da concorrência num certo nível, tal reflectir-se-á provavelmente na definição de mercado a um nível diferente da cadeia.

- O facto de que podem existir vários mercados baseados no mesmo produto e que os produtos de media (como a música ou a literatura) podem ser caracterizados por pequenos grupos em termos de similaridade, influencia a aferição da substituíbilidade, que deve ser determinada em função da valorização dos consumidores.

Estas considerações são particularmente relevantes para o caso das licenças compulsórias. De facto, as características intrínsecas do sector dos media não recomendam uma definição de mercado relevante restrita, na medida em que os efeitos borboleta que podem fazer-se sentir entre mercados podem comprometer um deles. Ao intervir no mercado da distribuição de conteúdos de

media sem cuidar dos efeitos das medidas propostas no mercado da produção, qualquer intervenção judicial ou política pode ver os seus objectivos de aumentar o acesso do público às obras comprometidos pelo impacto na diminuição da produção europeia.

A substituíbilidade no contexto das indústrias de media e entretenimento

No relatório da Europe Economics para a Comissão Europeia são extraídas diversas conclusões quanto ao desenho do conceito de substituíbilidade nas indústrias de media e entretenimento, focadas na análise de modelos de negócios de distribuição de conteúdos de media.¹²² Uma das linhas orientadoras propõe que o facto de um produto ser único não dita a sua consideração como um mercado relevante em si mesmo. Para tal, é preciso que as características únicas do produto ditem que não tem substitutos efectivos, porque mesmo com um aumento de preço permanece a escolha dos consumidores e portanto o monopolista não seria restringido pela concorrência. Questiona-se a decisão da Comissão no caso *AOL/Time Warner* ao considerar que o mercado da venda física de CDs é um mercado diferente do dos downloads. A crítica é feita à metodologia que a Comissão aplicou ao basear-se nas diferenças tecnológicas entre ambos os produtos (os conteúdos de media incorporado num canal de distribuição) em vez de focar-se apenas nos comportamentos do lado da procura em termos da substituíbilidade, isto é averiguar se os consumidores podiam trocar um modo de distribuição pelo outro. O Relatório afirma que esta conclusão exige suporte em evidência constituída por presunções e estudos de mercado que evidenciem os comportamentos dos consumidores nesse sentido.

Proposta metodológica para a consideração de licenças compulsórias nos modelos de negócios digitais: perspectiva da autora

Partindo do princípio que o direito de autor e o direito da concorrência se aplicam em complementaridade para a promoção do bem estar dos consumidores e da diversidade cultural, a proposta metodológica que se defende

¹²² São fornecidas várias pistas para aferir a substituíbilidade de modelos de distribuição de produtos de media, todas baseadas na tese do monopolista hipotético e em comprová-la através de evidência do comportamento do lado da procura, visto que esta é a opção metodológica adoptada no Relatório.

é que este contexto teleológico seja validado como passo prévio à aplicação de licenças compulsórias, tanto em sede de decisões de direito da concorrência (administrativas e judiciais) como em sede de legislação sobre direito de autor (e.g. possíveis medidas legislativas europeias para a modernização do direito de autor).

A Comissão Europeia pondera actualmente a imposição de limitações ao exercício dos direitos de autor, através do estabelecimento de licenças legais compulsórias combinadas com soluções de gestão colectiva obrigatória e de ficções jurídicas para estabelecer o âmbito territorial das licenças como o hipotético mercado único digital Europeu. Defende-se que estas medidas devem ser avaliadas também tendo em vista o seu potencial impacto na diversidade cultural europeia e na produção cultural de cada Estado Membro. Nesse sentido, defende-se uma renovação da metodologia para pensar a aplicação das licenças compulsórias a nível de legislação na área do direito de autor, acolhendo as metodologias do direito da concorrência para averiguar a necessidade e proporcionalidade de uma tal decisão.

Propõe-se como ponto de partida que os direitos exclusivos, inerentes ao direito de autor que protege a cadeia de valor das indústrias culturais e criativas, são essenciais para que o ciclo virtuoso produção-distribuição seja continuado e portanto qualquer modelo de negócio de distribuição deve assegurar que obtém as licenças necessárias à exploração económica que vai fazer.

Em sede de revisão legislativa do direito de autor, propõe-se modernizar a estrutura de direitos exclusivos, baseando a definição da existência de um direito exclusivo na existência de uma exploração económica dos conteúdos criativos e informativos. Em concreto, propõe-se que a existência de um direito exclusivo que requer uma licença, no contexto dos modelos de negócios digitais de distribuição de conteúdos de media, seja definida não em função das tecnologias utilizadas para distribuição, mas em função da exploração económica (directa ou indirecta) que é alcançada através da distribuição de conteúdos culturais e informativos por meio de agregação, indexação, disponibilização na internet livre ou em circuitos fechados. Neste sentido, o campo de exercício dos direitos exclusivos deve ser aferido com uma visão inclusiva de todos os agentes de

mercado que beneficiam economicamente da cadeia de valor da distribuição, independentemente da sua intervenção tecnológica nessa distribuição.

Verificada a existência do direito, a intervenção legislativa ou judicial sobre as suas condições de exercício deve ser orientada por um juízo de necessidade e proporcionalidade, conforme com as circunstâncias excepcionais defendidas pelo TJUE em sede de licenças compulsórias aplicadas pelo direito da concorrência Europeu, e basear-se na inexistência de uma justificação objectiva para as estruturas de licenciamento utilizadas.

À luz dos passos definidos na jurisprudência dos Tribunais Europeus a respeito das licenças compulsórias de direitos de propriedade intelectual que analisámos, o primeiro passo a averiguar é a existência de uma recusa efectiva de licença. Como já vimos, tanto em estudos que citámos como nas posições adoptadas pela Comissão Europeia, é reconhecido que as licenças multi-territoriais estão disponíveis no contexto dos modelos de negócios digitais para distribuição de conteúdos de media. Portanto, não há uma recusa generalizada. A existência ou não de um caso de recusa apenas pode ser averiguada face a casos concretos (no âmbito contratual ou de práticas da indústria em relação a determinados serviços de distribuição). Também de cada caso concreto depende a avaliação dos efeitos da recusa em licenciar no acesso dos consumidores aos conteúdos de media ou a eliminação de toda a concorrência ou da concorrência efectiva.

No que respeita à questão da procura potencial para serviços de distribuição digital de conteúdos de media uniformizados para o mercado Europeu, a ponderação do caso concreto recomenda que as características do sector de media sejam tidas em conta. Propõe-se considerar que ainda que os modelos de negócios de distribuição digital ofereçam uma delimitação do mercado que não é necessariamente nacional e pode ir além fronteiras, a imposição de limitações contratuais territoriais está frequentemente relacionada com as contrapartidas que os negócios de distribuição estão dispostos a pagar e com as suas decisões comerciais que são necessariamente baseadas nos comportamentos dos consumidores. De facto, os conteúdos de media oferecidos em plataformas de distribuição online são curados em função do território e das preferências das audiências nacionais. Não é apenas a selecção de conteúdos que é feita de acordo com as preferências das audiências. Conteúdos como as obras audiovisuais ou

literárias devem ainda cumprir com a disponibilização de diferentes versões linguísticas. Portanto, é questionável que a eliminação de restrições territoriais nos contratos de licença com os titulares de direitos implicasse a imediata disponibilização de lojas europeias com conteúdos absolutamente uniformes. Tanto as plataformas de distribuição como os produtores de conteúdos valorizam as audiências nos seus modelos de negócio. A questão é que as audiências são por natureza nacionais ou regionais em relação a alguns conteúdos de media e nem sempre uniformemente europeias.

Em relação à análise da justificação objectiva para os modelos de licenciamento, propõe-se uma base ampla que não se limite ao sector da distribuição de conteúdos de media, mas considere também as implicações que os modelos de negócios de distribuição terão no sector da produção desses conteúdos, valorizando adequadamente a interdependência entre os dois para sustentar a hipótese de as empresas em questão adoptarem outro comportamento (e.g. impactos na viabilidade da produção). Neste contexto, a aplicação de regras no sector da distribuição que impliquem asfixia do sector da produção teria no limite um efeito anti-concorrencial absoluto, ainda que pudesse temporariamente beneficiar a oferta no mercado da distribuição. Por isso, qualquer decisão no sentido de impor uma licença compulsória deve ser baseada em evidência sólida, como referimos antes. Como tal, para ponderar a existência de uma justificação objectiva das limitações territoriais é importante estabelecer as implicações do modelo de negócio de distribuição digital actual e do modelo proposto pela aplicação de uma licença compulsória (judicial ou legislativa) no sector da produção cultural e informativa Europeia, caracterizando adequadamente os modelos de financiamento da produção de diversos tipos de conteúdos de media. Este exercício deve ser orientado por uma finalidade teleológica de preservar a diversidade cultural de cada Estado Membro e da Europa como um todo e não apenas por considerações económicas e de eficiência do mercado de distribuição.

É no equilíbrio destes valores que reside o campo de aplicação da licença compulsória e a sua utilidade para alcançar as finalidades comuns entre o direito de autor e o direito da concorrência.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS E ARTIGOS

AKESTER, Patrícia, Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais, Almedina, Coimbra, 2013.

ANDERMAN, S., Does the Microsoft case offer a new paradigm for the exceptional circumstances test and compulsory copyright licenses under EC Competition Law?, *Competition Law Review*, 1(2), 7-22.

ANDERMAN, S., EC Competition Law and Intellectual Property Rights: the Regulation of Innovation, Oxford University Press, USA, 1988.

ANTONELLI, C., *Compulsory Licensing: the foundations of an institutional innovation*, *WIPO Journal*, 4(2), 157-174, 2013.

BALKIN, Jack M., Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, Paper 240, 2004.

BATCHELOR, Bill, Antitrust challenges to cross-border content licensing: the European Commission investigations of collecting societies and iTunes, *Computer and Telecommunications Law Review*, 13(8), p. 217-222, 2007.

BONADIO, Enrico, File sharing, copyright and freedom of speech, *European Intellectual Property Review*, 33 (10), p. 619-631, 2011.

BORK, Robert H. and BOWMAN JR., Ward S., *The Crisis in Antitrust*, in *Columbia Law Review*, 65 (3), 363-376, 1965.

BRINKER, I. e HOLZMULLER, T., Competition law and copyright – observations from the world of collecting societies, *European Intellectual Property Review*, 32 (11), p. 553-559, 2010.

BYRNE, D., Compulsory licensing of IP rights: Has EC competition law reached a clear and rational analysis following the IMS judgment and the Microsoft decision?, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2007) 2 (5), 324-330.

CAPOBIANCO, Antonio, Licensing of music rights: media convergence, technological developments and EC competition law, *European Intellectual Property Review*, 26 (3), p. 113-122, 2004.

CASTELLS, M., *A Galáxia Internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade*, Gulbenkian, Lisboa, 2007.

CHOI, J.P., *Compulsory Licensing as an Anti-trust Remedy*, *WIPO Journal*, 2(1), 74-81, 2010.

CIRO, T., FOX, M., Competition v. Copyright protection in the digital age, *European Intellectual Property Review*, 28(6), 329-334, 2006.

CORREA, Carlos M., Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, University of Buenos Aires, Organização Mundial de Saúde, 2002.

DEHIN, Violaine, The future of legal online music services in the European Union: a review of the EU Commission's recent initiatives in cross-border copyright management, *European Intellectual Property Review*, 32 (5), p. 220-237, 2010.

DIDEROT, Denis, Letter sur le commerce des livres, texto anotado e edição digital de Christopher Paillard para a Biblioteca Digital da Universidade do Quebec.

DREXL, Joseph, NERISSON, Sylvie, TRUMPKE, Félix and HILTY, Reto M., for Max Planck Institute, Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical Works for online uses in the internal market, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44(3), p. 322-350, 2013.

DREXL, J. (Ed), HILTY, R. M. (Ed), SCHÖN, W. (Ed), STRAUS, J. (Ed), *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law*, Springer, Munich, 2015.

DREXL, J., IMS Health and Trinko – antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal to deal cases, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 35(7), 788-808, 2004.

DREXL, J., ed. *Research handbook on Intellectual property and Competition law*. Edward Elgar Publishing, 2010.

EPSTEIN, Richard, Liberty versus property: Cracks in the copyright law foundation, *The Law School of the University of Chicago Paper Series*, 2004.

EVANS, D. E SCHAMALENSE, R., *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Boston: Harvard Business School Press, 2016.

FERRO, Miguel Sousa, A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014.

KIKENTSCHER, W., HACKER, P., PODSZUN, R., *Fair Economy: Crises, Culture and the Role of Law*, Springer, Munich. 2015.

FINE, Frank, European Community Compulsory Licensing Policy: Heresy versus Common Sense Symposium on European Competition Law , Nw. J. Int'l L. & Bus. , 24, 619 e sgts, 2004.

FRABBONI, Maria Mercedes, Competition: European competition – proceedings against CISAC, Entertainment Law Review, 17 (5), p. 46-47, 2006.

FRABBONI, Maria Mercedes, Old monopolies versus new Technologies – the CISAC decision in context, Entertainment Law Review, 20 (3), p. 76-81, 2009.

GALLEGO, Beatriz, Unilateral refusal to license Indispensable Intellectual Property Rights, US and EU Approaches, in DREXL, Joseph (ed.), in Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 215 e sgts., 2008.

GILLIERON, Philip, for Max Planck Institute, Collecting societies and the digital environment, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 37 (8), p. 939-969, 2006.

GINSBURG, J. e TREPPOZ, E., International Copyright Law, Elgar, USA, 2015.

GITTER, Donna, The Conflict in the European Community between Competition law and Intellectual Property Rights: a Call for Legislative Clarification os the Essential Facilities Doctrine, 40 AM. BUS. L.J. 217-299, 2003.

GRABER, Christopher B., Collective rights management, competition policy and cultural diversity: EU lawmaking at a crossroads, The WIPO Journal, 4 (1), p. 35-43, 2012.

GYERTYANFY, Peter, Collective management of music rights in Europe after the CISAC decision, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 41 (1), p. 59-89, 2010.

GUNTHER, P., The plan for a digital single market in Europe and reforming EU copyright rules to develop a market-oriented approach to reduce infringement on the internet, *European Intellectual Property Review*, 38(1), 43-55, 2016.

HEINEMANN, Andreas, Compulsory licenses and product integration in European Competition Law – assesemnt of the European Commission’s Microsoft decision, 2005, *International Review of Intellectual property and Competition Law*, 36(1), 63-82, 2005.

HEKER, H., The Publisher in the electronic age: caught in the area of conflict of copyright and competition law, *European Intellectual Property Review*, 17(2), 1995, 75-80.

HILTY, R. M. (Ed), LIU, K. (Ed), *Compulsory Licensing*, Springer, Munich, 2015.

JABLON, R., HEGEDUS, M., FLYNN, S., Dispelling myths: A real world perspective on Trinko, *Antitrust Bulletin*, 50, 590 e sgts., 2005.

JENKINS, Tom, BATCHELOR, Bill, 2013: what to expect on the European Commission policy front, *European Competition Law Review*, *European Competition Law Review*, 34 (6), p. 332-336, 2013.

KALLAUGHER, John, WEITBRECHT, Andreas, Developments under the Treaty on the Functioning of the European Union, articles 101 and 102, in 2008/2009, *European Competition Law Review*, 31 (8), p. 307-317, 2010.

KäSEBERG, Thorsten, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, Bloomsbury Publishing, 9-67, 2012.

KILLICK, J., IMS and Microsoft judged in the cold light of IMS, *Competition Law Review*, 2004; 1:23-47.

KLEI, B., MOSS, G., EDWARDS, L., *Intellectual Property in the Digital Age*, SAGE, UK, 2015.

KRETSCHMER, M., Digital copyright: the end of an era, *European Intellectual Property Review*, 25 (8), pp. 333-341, 2003.

LANCHIDI, Peter, The CISAC case under the Wouters exception, *European Competition Law Review*, 33 (3), p. 109-115, 2012.

LIU, Kung-Chung, The need and justification for a general competition-oriented compulsory licensing regime, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 43(6), 679-699, 2012.

LIU, Kung-Chung, Rationalising the regime of compulsory patent licensing by the essential facilities doctrine, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 39(7), 757-774, 2008.

MATTHEWS, Duncan, ZIKOVSKA, Petra, The rise and fall of the anti-counterfeiting trade agreement (ACTA): lessons for the European Union, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44 (6), p. 626-655, 2013.

MAZZIOTI, G., Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?, *European Intellectual property Review*, 38(6), 365-376, 2016.

MIRANDA, Jorge, e PEDROSA MACHADO, Miguel, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial*, Sociedade Portuguesa de Autores e Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1995.

MONTAGNANI, M., Predatory and exclusionary innovation, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 37(3), 304-335, 2006.

MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008.

MOURA E SILVA, Miguel, Os cartéis e sua proibição pelo artigo 81.º do Tratado de Roma: algumas notas sobre aspectos substantivos e prova, *Sub Iudice*, vol. 40, p. 39-57, 2007.

MOURA E SILVA, Miguel, Protecção de Programas de Computador na Comunidade Europeia, *Direito e Justiça* 7, p. 253, 1993.

MOURA E SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2003.

MOURA E SILVA, Miguel, Contratos de Licença de Tecnologia, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Coimbra, 573-594, 2011.

MURTHY, Divya, The Future of Compulsory Licensing: Deciphering the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, *American University International Law Review* 17, no. 6 (2002) 1299-1346.

NGUYEN, T., Competition Rules in the TRIPS Agreement – the CFI’s ruling in *Microsoft v. Commission* and implications for developing countries, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 39(5), 558-586, 2008.

OZ, Shy, GRILO, I., THISSE, J., Price Competition When Consumer Behavior is Characterized by Conformity or Vanity, *Journal of Public Economics*, 80(3), 385–408, 2001.

PERA, Alberto, CARPAGNANO, Michele, The law and Practice of commitment decisions: a comparative analysis, *European Competition Law Review*, 29 (12), p. 669-685, 2008.

PODSZUN, R., The more technological approach: Competition Law in the Digital Economy, in *Competition on the Internet*, Springer, Munich, 101-108, 2015.

POSNER, Richard e LANDES, William M., The Economic Structure of Intellectual Property Law, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2003.

QUINTAIS, J.P e GUIBAULT, L., Copyright, Technology and the exploitation of audiovisual works in the EU, European Audiovisual Observatory, France, 2014.

REBELLO, Luiz Francisco, Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado, Âncora Editora, Lisboa, 2002.

REBELLO, Luiz Francisco, Introdução ao Direito de Autor, vol. I, Sociedade Portuguesa de Autores e Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1994.

REBELLO, Luiz Francisco, Garrett, Herculano e a propriedade literária, Sociedade Portuguesa de Autores e Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1999.

REICHENBERGER, M., The Role of Compulsory Licensing in Unilateral Refusals to Deal: Have the United States and European Approaches Grown Further Apart After IMS?, *The Journal of Corporation Law*, 2006, 549-566.

REINMANN, C., Essential function v. Essential facility: defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft, *Competition Law Review*, vol. I:2, 49 e sgts.

REY, P., WINTER, R., Exclusivity restrictions and Intellectual Property, Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge based economy, University of Calgary, Canada, 2008.

RIDYARD, D., Compulsory Access under EC Competition Law, European Competition Law Review 669, 2004.

RIDYARD, D., Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC Competition Law, European Competition Law Review, 17(8), 1996, 438-452.

SÁ E MELLO, Alberto, O direito pessoal de autor no ordenamento jurídico português, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, 1989.

SAMUELSON, Pamela, Copyright and Freedom of Expression in Historical Perspective, Berkeley Law Scholarship Repository, Journal of Intellectual Property Law, 319, 2002.

SCHONNING, Peter, Licensing authors' rights on the Internet, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 31 (7/8), p. 967-979, 2000.

SELVADURAI, N., Designing copyright licensing laws to support the converged digital economy, European Intellectual Property Review, 37(5), 285-295, 2015.

SPA - CENTENÁRIO DA COLECCÇÃO DE BERNA, colectânea de aloções de Prof.^a Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Dr. Mihály Ficsor, Dr. Luiz Francisco Rebello e Dr. Mário Soares, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, 1987.

STANGANELLI, M., Spreading the news online: a fine balance of copyright and freedom of expression in news aggregation, European Intellectual Property Review, 34(11), 2012, 745-753.

STOLS, Diederik, Netherlands: music – competition – collecting societies, Entertainment Law Review, 20 (3), p. 15-16, 2009.

STOKES, Simon, Digital Copyright: Law and Practice, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, USA, 2009.

STOTHERS, Cristopher, Copyright and the EC Treaty: music, films and football, European Intellectual Property Review, 31(5), p. 272-282, 2009.

STOTHERS, Cristopher, The end of exclusivity? Abuse of intellectual property rights in the EU, European Intellectual Property Review, 24(2), 86-93, 2009.

STRAETEMANS, Anneleen, under the academic supervision of prof. J. Drexler (NYU), The EU Microsoft Case – Not as Soft as a Case, jura falconis, jg 44, 2007-2008, nr 4, p. 563-586

SUBRAMANIAN, S., The Microsoft decision: a setback to IP Rights in Europe?, Journal of Intellectual Property Law & Practice (2010) 4 (5), 245 e sgts..

SUN, H., Copyright Law under siege: an inquiry into legitimacy of copyright protection in the context of the global digital divide, International Review of Intellectual Property and Competition Law, IIC, 2005, 36(2), 192-213.

SURBLYTE, G., *Competition on the Internet*, Springer, Munich, 2015.

TUDOR, Jarrod, Compulsory Licensing in the European Union, University of Kent, 2012.

TURNEY, J., Defining the limits of the EU essential facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The primacy of Securing optimal Innovation, North Western Journal of Technology and Intellectual property, 2005, 3, 187 e sgts.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, Coimbra, 2001.

RELATÓRIOS

Report by Europe Economics for the European Commission, *Market definition in the media sector: Economic Issues*, Competition Studies – 1, Brussels, Nov 2002.

Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, *Copyright, Competition and Development*, Munich, 2013,

ROUNDTABLE ON VERTICAL RESTRAINTS FOR ON-LINE SALES - Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2013)18, 2013.

Economic analysis of the territoriality of the making available right in the EU, Charles River Associates para a DG Markt da Comissão Europeia, Março de 2014.

Territoriality and its impact on the financing of audiovisual works, BLAZQUEZ, F. inter alia para European Audiovisual Observatory, 2015.

The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers, Oxera & O&O, 2016.